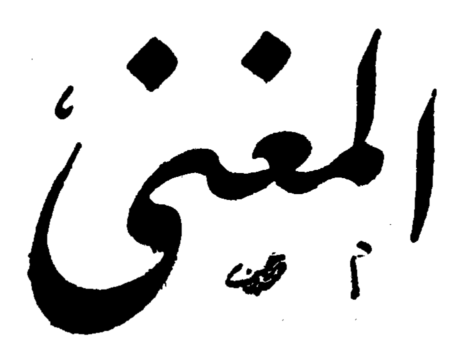
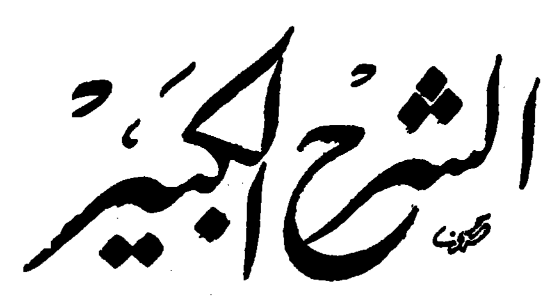
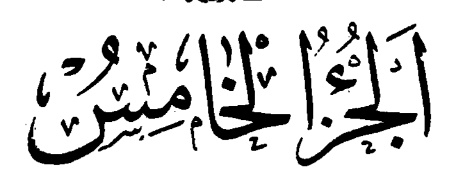


تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه



على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامه المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله احمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم



﴿تنبيه﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصلح

الصلح معاقدة يتوصل بها الى الاصلاح بين المختلفين، ويتنوع أنواعا صلح بين المسلمين وأهل الحرب وصلح بين أهل العدل وأهل البغي وصلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما قال الله

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

﴿ باب الصلح ﴾

الصلح معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعا: صلح بين المسلمين وأهل الحرب وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما. قال الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح. وروي عن عمر أنه كتب الى أبي موسى بمثل ذلك وأجمع العلماء على جواز الصلح في هذه الانواع التي ذكرنا ولكل واحد منها باب يفرد له وتذكر فيه أحكامه وهذا الباب للصلح بين المختلفين في الاموال

﴿ مسئلة ﴾ (والصلح في الاموال قسمان أحدهما صلح على الاقرار وهو نوعان (أحدهما) صلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو بعين فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو يمنعه حقه بدونه)

وجملة ذلك أن من اعترف بدين أو عين في يده فأبرأه الغريم من بعض الدين أو وهبه بعض العين وطلب منه الباقي صح اذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط. قال أحمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما ولو فعل ذلك قاض

تعالى(وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما)وقال الله تعالى(وان امرأة خافت من بعلها

شافعي لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كلم غرماء جابر ليضعوا عنه وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي صلى الله وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذوه منه ، فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لهما ، وقد روى عبدالله بن كعب عن أبيه انه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى «يا كعب» قال لبيك يارسول الله . فأشار اليه أن ضع الشطر من دينك . قال قد فعلت يارسول الله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قم فاعطه » متفق عليه فأما إن منعه المقر حقه حتى يضع عنه بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن بعض ماله ببعضه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الابراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني مابقي، قال ابن أبي موسى الصلح على الاقرار هضم للحق فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لاحد ، وإن تطوع المقر له باسقاط بعض حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل فلم يجعله صلحاً، ولم يسم الخرقي الصلح إلا في حال الانكار ، فأما مع الاعتراف فان قضاه من جنس حقه فهو وفاء وإن قضاه من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض العين فهو هبة فلا يسمى صلحا وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي. والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه،وهو ينقسم الى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الابراء ، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها واعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي ، لانه اذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض ، فان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه ، فيقول صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه اذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحاً ولا يبقى له تعلق به اما اذا كان بلفظه سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب ، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا ،وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك اذا كان بعوض سمي بيعاً وان خلا عن العوض سمي هبة

ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه اذا قال صالحني بهبة كذا أو على هبة كذا أوعلى نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله بعني بألف وان أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله (على أن تأجرني ثماني حجج) وقوله (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سداً) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم انه يسمى صلحاً

نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول

ممنوع وان سمي صلحا فجاز لتضمنه قطع التنازع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة ممنوع وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على او نحوهما به فان لفظ الصلح يحتاج الى حرف يتعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بينا

(مسئلة) (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الانكار وعدم البينة) لأنه تبرع وليس لهم التبرع فاما اذا لم يكن بالدين أو كان على الانكار صح لان استيفاءهم البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه

(مسئلة) (وان صالح عن المؤجل ببعضه حالا لم يصح)

كره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثوري وابن عيينه وابوحنيفة واسحاق وروي عن ابن عباس وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به، وعن الحسن وابن سيرين انهما كانا لا يريان بأسا بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لانهما تبايعا العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن مثلها ولعل ابن سيرين يحتج بان التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضا عن تعجيل مافي ذمته وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولانه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز كما لو كانت معينة وفارق مااذا كان من غير مواطأة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط كبيع درهم بدرهمين ويفارق مااذا اشترى العروض بثمن مثلها لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً

(مسئلة) (وان وضع بعض الحال واجل باقيه صح الاسقاط دون التأجيل) اذا صالحه عن الف حال بنصفها مؤجلا اختياراً منه وتبرعا صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والاسقاط صحيح وان فعله لمنعه من حقه بدونه او شرط ذلك في الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا فى أول الباب وذكر ابو الخطاب في هذا روايتين اصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل اولى

(مسئلة) (وان صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل ان يصالح عن دية الخطأ او قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح) وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضاً عن المتلف فجاز ان يأخذ اكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

الله ﷺ قال «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما» أخرجه الترمذي وقال

ولنا ان الدية والقيمة تثبت فى الذمة مقدرة فلم يجز ان يصالح عنها باكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض اوثمن مبيع ولانه اذا اخذ اكثر منها فقد اخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل

(مسئلة) (وان صالحه بعرض قيمته اكثر منها جاز) لانه بيع

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم تصر مؤجلة وهذا قول الشافعي وعن احمد انها تصير مؤجلة وهو قول ابي حنيفة لانه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه

ولنا انه انما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة والحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعا فهو بيع دين بدين وهو غير جائز

(مسئلة) (وان صالحه عن بيت على ان يسكنه سنة او يبني له فوقه غرفة لم يصح)

اذا ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه او على ان يبني له ثم على ان يسكنه سنة لم يصح لانه يصالحه عن ملكه على ملكه او منفعته وان اسكنه كان تبرعا منه متى شاء اخرجه منها وان اعطاه بعض داره بناء على هذا فتى شاء انتزعه منه لانه اعطاه إياه عوضاً عما لا يصلح عوضاً عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقداً ان ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه باجر ما سكن واجر ما كان في يده من الدار لانه اخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع الموجود بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة اجبر على نقضها واذا اجر السطح مدة مقامه في يده وله اخذ آلته، وان اتفقا على ان يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز وان بنى الغرفة بتراب من ارض صاحب البيت وآلاته فليس له اخذ بنائه لانه ملك صاحب البيت وان اراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا ابرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويتخرج ان يملك نقضه كقولنا فى الغاصب

(مسئلة) (ولو قال أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صح الاقرار ولم يصح الصلح)

لانه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه. فعلى هذا يرد ما أخذ لانه تبين كذبه باقراره وان عليه الدين فلزمه اداؤه بغير عوض

(مسئلة) (وان صالح انسانا ليقرله بالعبودية او امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح)

لا يجوز الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل ان يدعي على رجل أنه عبده فينكره فيصالحه على مال ليقرله بالعبودية فلا يجوز ذلك لانه يحل حراما فان ارقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا غيره وكذلك ان صالح امرأة لتقرله بالزوجية لانه صلح يحل حراماً ولانها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجز فان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها ففيه وجهان

(احدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لافتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وانما

حديث حسن صحيح وروي عن عمر أنه كتب الى أبي موسى بمثل ذلك ، وأجمعت الأئمة على جواز

أجيز الخلع للحاجة الى افتداء نفسها (والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كعوض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وازالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولانها مشروعة في حقها في احدى الروايتين ، ومتى صالحته عن ذلك ثم يثبت الزوجية باقرارها أو بينة فان قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا لما ذكرنا ، واحتمل أن تبين منه بأحد العوضين لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعا كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يجز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره، وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا

(مسئلة) (وان دفع المدعى عليه العبودية الى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح) لانه يجوز أن يعتق عبده بمال وليشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه .

(النوع الثاني) أن يصالحه عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة وذلك مثل أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهو ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقر له بنقد فيصالحه على نقد آخر مثل أن يقر له بمائة درهم فيصالحه عنها بعشرة دنانير أو بالعكس فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه

(القسم الثاني) أن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان أو بالعكس فهذا بيع تثبت فيه أحكام البيع

(الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبده أو على أن يعمل له عملا معلوماً فتكون اجارة لها حكم سائر الاجارات فان تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة ورجع بما صالح عنه ، وان تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه أمته وكان ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها فان انفسخ النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفه

(مسئلة) (وان صالحت المرأة بتزويج نفسها صح فان كان الصلح عن عيب في مبيعها فتبين أنه ليس بعيب رجعت بارشه لا بمهر مثلها)

اذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على ان تزوجه نفسها صح ويكون صداقاً لها فان كان المعترف به عيبا في مبيعها فبان أنه ليس بعيب كبياض في عين العبد ظنته عمى رجعت بارشه لان ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها فان لم يزل العيب ولكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بارشه

(مسئلة) (وان صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لانه بيع دين بدين) وقد نهى الشارع عنه

(فصل) وان صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة على ما ذكرنا فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمصالح استيفاء منفعته الى انقضاء السنة كما لو زوج أمته ثم باعها وان يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لأنه عيب وان أعتق العبد في اثناء المدة صح عتقه لانه مملوك يصح بيعه فصح عتقه كغيره، وللمصالح أن يستوفي نفعه في المدة لانه اعتقه بعد ان ملك نفعه لغيره فأشبه ما لو اعتق الامة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما ازال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلا يرجع بشيء ولانه اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو اعتق زمنا او مقطوع اليدين او امة مزوجة وذكر القاضي وابن عقيل وجها أنه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقتضى ازالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعاً فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفعته

ولنا ان أعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بمنفعته فأعتق صاحب الرقبة وكما لو اعتق أمة مزوجة قولهم إنه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا أنما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد معيبا عيبا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد عينه صح والحكم فيما اذا خرج مستحقا أو معيبا كما ذكرنا

(فصل) واذا ادعى زرعا في يد رجل فأقر له به ثم صالحه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرناه في البيع ، فان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لانه ان كان الصلح مطلقا أو بشرط التبقية لم يجز لانه لا يجوز بيعه وان شرط القطع لم يجز أيضا لكونه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر ، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ويحتمل أن لا يجوز لان في الزرع ماليس بمبيع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح شرط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليسلم الارض اليه فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الارض فأمكن القطع وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض لتكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرطا القطع في

للصلح بين المتخاصمين في الاموال وهو نوعان صلح على اقرار وصلح على انكار ولم يسم الخرقي الصلح الا في الانكار خاصة

الجميع احتمل الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المنع لان باقي الزرع ليس بمبيع فلا يصح بشرط قطعه في العقد

﴿مسئلة﴾ (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم اذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة)

يصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان مما لا سبيل الى معرفته قال أحمد في الرجل يصالح عن الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يجز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولا لا يدري ما هو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا فان عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير بيع هذا وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز ان يصالح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له ولا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت منه في حل ويقول الدافع ان كنت أخذت أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيع والبيع لا يصح على مجهول

ولنا ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رجلين اختصما في مواريث درست « استهما وتوخيا وليحلل احدكما صاحبه » رواه احمد بمعناه وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلأن يصح مع الجهل اولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلهما طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لايمكن ذلك فلو لم يجز الصلح افضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه فرع بيع وانما هو إبراء وان سلمنا كونه فرع بيع فان البيع يصح في المجهول عند الحاجة كبيع أساسات الحيطان وطي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لايعلم قدرها فقال صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا الثوب صح . اذا ثبت هذا فمتى كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالمختصمين في مواريث دارسة وحقوق سالفة أو في أرض او عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وان كان يحتاج الى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من العلم به لأن تسليمه واجب والجهالة تمنعه وتفضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فاما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجهله صاحبه فلا يصح

﴿ مسئلة ﴾ قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه فان كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل)

وجملة ذلك ان الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه عاوض على مالم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولانه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف. ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومه فان قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا لا نسلم دخوله فيه . ولا يصح حمل الحديث على ماذكروه لوجهين (أحدهما) أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه والاسقاط يحل له ترك اداء ما كان واجباً عليه (الثاني) انه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فان الصلح الفاسد لا يحل الحرام وانما معناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو احلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فاذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه

الصلح عليه مع الجهل قال أحمد ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح ، واحتج بقول شريح ايما امرأة صولحت من ثمنها فلم يبين لها ما ترك زوجها فهي الريبة كلها، قال وان ورث قوم مالا أو دورا وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بالف درهم اكره ذلك، ولا يشترى منها شيئا وهي لا تعلم لعلها تظن انه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ماهو، انما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ماهو؟ حساب بينهما فيصالحه ، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه فاما اذا علم فلم يصالحه انما يريد أن يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لابراء الذمم وإزالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (القسم الثاني) أن يدعي عليه عينا أو دينا فينكره ثم يصالحه على مال فيصح ويكون بيعا في حق المدعي حتى ان وجد بما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح)

الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه عاوض عما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولانه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف

ولنا عموم قوله عليه السلام « الصلح بين المسلمين جائز » فيدخل هذا في عمومه فان قالوا فقد قال «الا صلحا احل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا

وبذله أولى وكذلك اذا حل مع اعتراف الغريم فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول الى حقه الا بذلك أولى، ولان المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولانه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، يحققه أنه اذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته اليه أولى وقولهم انه معاوضة قلنا في حقهما أم في حق أحدهما؟ الاول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ويخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقاذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا . اذا ثبت هذا فلا يصح هـذا الصلح الا أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع الى المدعي شيئاً افتداء ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية انفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم والمدعي يأخذ ذلك عوضا عن حقه الثابت له فلا يمنعه الشرع من ذلك أيضا سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فان أخـذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له وان أخـذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقـه أكثر مما ادعاه

قلنا لا نسلم دخوله فيه ولا يصح حمل الحديث على ما ذكروه لوجهين (أحدهما) ان هذا يؤخذ في الصلح بمعنى البيع فانه يحـل لـكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه (الثاني) انه لو حل به المحرم لـكان الصلح صحيحا فان الصلح الفاسد يحل الحرام وانما منعناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو احلال بضع محرم او صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فاذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلان يحل برضاه وبذله أولى وكذلك اذا حل مع اعتراف الغريم فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول الى حقه الا بذلك أولى ولأن المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولانه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، يحققه انه اذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته اليه أولى، وقولهم انه معاوضة قلنا في حقهما أو في حق أحدهما؟ الاول ممنوع والثاني مسلم وهذا لان المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه

لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالما بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون بيعا في حق المدعي لاعتقاده أخذه عوضا فيلزمه حكم إقراره. فان كان المأخوذ شقصا في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة وإن وجد به عيبا فله رده والرجوع في دعواه ويكون في حق المنكر بمنزلة الابراء لانه دفع المال افتداء ليمينه ودفعا للضرر عنه لا عوضا عن حق يعتقده فيلزمه أيضا حكم اقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيبا لم يرجع به على المدعي لاعتقاده أنه ما أخذ عوضا وان كان شقصا لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعى عليه ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعا لها ممن هي عنده فلم يكن بيعاً كاسترجاع العين المغصوبة، فاما ان كان أحدهما كاذبا مثل أن يدعي المدعي شيئاً يعلم انه ليس له وينكر المنكر حقا يعلم أنه عليه فالصلح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذبا فما يأخذه أكل مال بالباطل أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضا عن حق له فيكون

والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقاذاً له من الرق في حق المشتري كذاههنا. اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا أن يكون المدعي معتقداً ان ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع الى المدعي شيئاً افتداء ليمينه وقطعا للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي الانفس الشريفة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل اموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضا عن حقه الذي يعتقد ثبوته فلا يمنعه الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من جنس حقه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان اخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز ان يأخذ من جنس حقه اكثر منه لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالما بأخذه وان اخذ من غير جنسه جاز ويكون بيعاً في حق المدعي لاعتقاده أخذه عوضا فيلزمه حكم اقراره فان وجد بما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح كما لو اشترى شيئاً فوجده معيبا

(مسئلة) (وان كان شقصاً مشفوعا ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ماصولح عنه بعيب ولا يؤخذ بشفعة)

اذا كان الذي أخذه المدعي شقصا في دار او عقار وجبت فيه الشفعة لأنه يقر ان الذي أخذه عوضاً فهو كما لو اشتراه ويكون أبرأ في حق المنكر لانه دفع المال افتداء ليمينه ودفعا للضرر عنه لا عوضاً عن حق يعتقده فيلزمه ايضاً حكم اقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لاعتقاده انه ما أخذه عوضاً وان كان شقصاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقده على ملكه لم يزل وما

حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله وان كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصلح باطل ولا يحل له مال المدعي بذلك وقد ذكره الخرقي في قوله وان كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل يعني في الحقيقة . وأما الظاهر لنا فهو الصحة لانا لا نعلم باطن الحال وانما ينبني الامر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة

(فصل) ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضاً أو تفريطاً في وديعة أو مضاربة فأنكره واصطلحا صح لما ذكرناه

(فصل) وان صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير اذنه . وقال أصحاب الشافعي انما يصح اذا اعترف للمدعي بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه ، ثم لا يخلو الصلح اما ان يكون عن دين او عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر او بغير اذنه لان قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير أذنه فان عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازه النبي ﷺ وان كان الصلح عن عين باذن المنكر

ملكه بالصلح ولو دفع المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه او بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه واخذ عين ماله مسترجعا لها ممن هي عنده فلم يكن بيعا كاسترجاع العين المغصوبة

(مسئلة) (فان كان أحدهما عالما بكذب نفسه فالصلح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه)

متى علم أحدهما كذب نفسه كمن ادعى شيئاً يعلم أنه ليس له أو أنكر حقا يعلم أنه عليه فالصلح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذبا فما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضا عن حق فيكون حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله ، وان كان المدعى عليه يعلم صدق المدعي وجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصلح باطل لا يحل له مال المدعي بذلك هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة لانا لا نعلم باطن الحال انما نبني الأمر على الظاهر والظاهر من حال المسلمين الصحة، ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضاً أو تفريطاً في وديعة أو مضاربة فانكر واصطلحا صح لما ذكرناه

(مسئلة) (فان صالح عن المنكر أجنبي بغير اذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين)

اذا صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو بغير اذنه وقال أصحاب الشافعي انما يصح اذا اعترف المدعي بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه . ثم لا يخلو الصلح ان يكون عن دين أو عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه فان عليا وأبا قتادة قضيا عن الميت فاجازه النبي صلى الله عليه وسلم وان كان الصلح عن

فهو كالصلح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة وابراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه أداؤه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وليس هذا بجيد لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداؤه الى المدعي فكيف يلزمه أداؤه الى غيره ؟ ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير أما أن يجب له الرجوع بما أداه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ، ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته ، وأما ما اذا صالح عنه باذنه فهو وكيله والتوكيل في ذلك جائز ثم ان أدى عنه باذنه رجع اليه وهذا قول الشافعي وان أدى عنه بغير اذنه متبرعا لم يرجع بشيء وان قضاه محتسبا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير اذنه لانه قد وجب عليه اداؤه بعقد الصلح بخلاف ما اذا صالح وقضى بغير اذنه فانه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه

(فصل) وان صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو من ان يعترف للمدعي بصحة دعواه أو لا يعترف له فان لم يعترف له كان الصلح باطلا لانه يشتري منه مالم يثبت له ولم تتوجه اليه خصومة يفتدي منها فاشبه مالو اشترى منه ملك غيره وان اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى دينا

عين باذن المنكر فهو كالصلح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة وابراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه اداؤه، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وهذا التخريج لايصح لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداؤه الى المدعي فكيف يلزمه أداؤه الى غيره ؟ ولانه ادى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر اما انه يجب له الرجوع بما ادعاه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولم يثبت له اكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى شيء لا يعلم ثبوته

(مسئلة) (وان صالح الاجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها عالما بعجزه عن استنقاذها لم يصح وإن ظن القدرة عليه صح فان عجز عنه فهو مخير بين فسخ الصلح وامضائه)

إذا صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعي بصحة دعواه

لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائع على تسليمه ولانه بيع للدين من غير من هو في ذمته، ومن أصحابنا من قال يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وان كان المدعى عينا فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه ثم ان قدر على انتزاعه استقر الصلح وان عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد وكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق او ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه منه فأشبه شراء العبد الآبق والجمل الشارد فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علما ذلك ويحتمل ان لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبه مالو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم ان البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء فكان بيعه فاسداً لكونه متلاعبا بقوله معتقداً فساده ومن لا يعلم يعتقده صحيحا وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدورا على تسليمه

أولا فان لم يعترف له فالصلح باطل لانه يشتري منه مالم يثبت له ولم يتوجه اليه خصومة يفتدي منها اشبه مالو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى ديناً لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائع على تسليمه ولانه بيع للدين من غير من هو في ذمته، وقال بعض أصحابنا يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عيناً فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه ثم إن قدر على أخذه استقر الصلح وإن عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع الى بدله ويحتمل انه إن تبين أنه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين أنه آبق أو ميت ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه فاشبه شراء العبد الآبق فان اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علما ذلك، ويحتمل أن لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبه ما لو باع عبداً يظن أنه حر أو انه عبد غيره فتبين أنه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك معتقد فساد البيع والشراء فكان بيعه فاسداً

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجحدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقي أن الصلح لا يصح لانه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه او يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وان هذا لك ولكن لا أسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه وقال القاضي يصح وهذا مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر الى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك الدين ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وان أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه وإن انكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها فاما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها باذنه فلا يقدح انكاره في ملكها لان ملكه ثبت قبل انكاره وانما هو ظالم بالانكار للاجنبي وان كان لم يوكله لم يملكها لانه اشترى له عينا بغير اذنه ويحتمل أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئا بغير اذنه بثمن في ذمته فان اجازه لزم في حقه وان لم يجزه لزم من اشتراه ، وان قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح وكان الحكم كما ذكرنا لانه ههنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له فأشبه ما لو لم يجحده

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحا لأنه هضم للحق)

وجملته ان من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن

لكونه متلاعباً بقوله معتقداً فساده ومن لا يعلم يعتقده صحيحاً وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وانما جحدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقي أن الصلح لا يصح لأنه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق متوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك لكن لا أسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه ، وقال القاضي يصح وهو مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك العين ورجع الاجنبي عليه بما أدى عنه ، وإن كان أذن في الدفع ، وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير اذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر ، فأما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها بإذنه

بعض ماله ببعض وهذا محال وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الابراء أو بلفظ الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ولو لم يشترط الا انه لم يعط بعض حقه الا باسقاطه بعضه فهو حرام أيضا لانه هضمه حقه ، قال ابن أبي اسحاق الصلح على الاقرار هضم للحق فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الاخذ وان تطوع المقر له باسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل، ولم يسم الخرقي الصلح الا في الانكار على الوجه الذي قدمنا ذكره ،فأما في الاعتراف فاذا اعترف بشيء وقضاه من جنسه فهو وفاء وان قضاه من غير جنسه فهي معاوضة ، وان ابرأه من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو ابراء وان وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمي ذلك صلحا ونحو ذلك قال ابن أبي موسى، وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المعنى فمتفق عليه وهو فعل ماعدا وفاء الحق واسقاطه على وجه يصح . وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وابراء وهبة، فأما المعاوضة فهو ان يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به وهذا ثلاثة أضرب (احدها) ان يعترف له بأحد النقدين فيصالحه الآخر نحو ان يعترف له بمائة درهم فيصالحه منها بعشرة دنانير أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه (الثاني) ان يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان أو بأثمان فيصالحه على عروض فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع ،وان اعترف له بدين فصالحه على موصوف في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لانه بيع دين بدين (الثالث) ان يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملا معلوما فيكون ذلك اجارة لها حكم سائر الاجارات، واذا أتلف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة

فلا يقدح إنكاره في ملكها لان ملكه ثبت قبل انكاره ، وانما هو ظالم بالانكار للاجنبي وان كان لم يوكله لم يملكها لانه اشترى له عيناً بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته فان أجازه ملكه وإلا لزم من اشتراه ، وإن قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه صح وكان الحكم كما ذكروه لانه ههنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بذله فأشبه ما لو لم يجحده

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل مايثبت مهراً)

وجملة ذلك أن الصلح يجوز عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لايجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة ابن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته وان صالح عن

ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ولو صالحه على ان يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها فان انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفها، وان كان المعترف امرأة فصالحت المدعي على ان تزوجه نفسها جاز ولو كان المعترف به عيباً في مبيعها فصالحته على نكاحها صح فان زال العيب رجعت بأرشه لان ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها وان لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بارشه

(القسم الثاني) الابراء وهو أن يعترف له بدين في ذمته فيقول قد أبرأتك من نصفه أوجزء معين منه فاعطني ما بقي فيصح اذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط قال احمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك اثم لان النبي صلى الله عليه وسلم كلم غرماء جابر ليضعوا عنه فوضعوا عنه الشطر وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذوه منه فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وروى يونس عن الزهري عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى « يا كعب » قال لبيك يارسول الله فأشار اليه: ان ضع الشطر من دينك. قال قد فعلت يارسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قم فأعطه » فان قال على

القصاص بعبد فخرج مستحقاً رجع بقيمته في قول الجميع وان خرج حراً فكذلك وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصلح فاسد فيرجع ببدل ما صالح عنه وهو الدية

ولنا أنه تعذر تسليم ماجعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً، فان صالحه عن القصاص بحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان انه مستحق أوتصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لان الصلح باطل يعلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه

(فصل) وان صالح عن دار أو عبد بعوض فخرج العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيمته ان كان بالغاً لان الصلح ههنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضاً عن اسقاط القصاص ولو اشترى شيئاً فوجده معيباً فصالحه عن عيبه بعبد فبان مستحقاً أو حراً رجع بارش العيب .

(مسئلة) (ولو صالح سارقا ليطلقه أو شاهداً ليكتم شهادته أوشفيعاً عن شفعته أومقذوفاً عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة وفي الحد وجهان)

أن توفيني ما بقي بطل لانه ما أبرأه عن بعض الحق الا ليوفيه بقيته فكأنه عاوض بعض حقه ببعض

(القسم الثالث) الهبة وهو ان يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة وان أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لانه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء به فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، وان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه فيقول صالحتك بذلك لم يصح ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه إذا لم يجز بلفظه خرج عن ان يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به فلا يسمى صلحا أما اذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك اذا كان بعوض سمي بيعا وان خلا عن العوض سمي هبة. ولنا ان لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه إذا قال صالحني بهذا كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله بعني بألف، وإن أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى (فهل نجعل لك خرجا على ان تجعل بيننا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم انه يسمى صلحا ممنوع وان سمي صلحا فمجاز لتضمنه قطع النزاع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة قلنا لا نسلم وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوهما به فان لفظة الصلح تحتاج الى حرف تعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على مابيناه

(فصل) وان ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه أو على ان يسكنه

إذا صالح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه الى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز أخذ العوض عنه لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ العوض عنه كسائر ما لا حق له فيه، وإن صالح شاهدا ليكتم شهادته لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصالحه على ان لا يشهد عليه بحق تلزمه الشهادة به كدين الآدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانه ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر .

(الثاني) ان يصالحه على ان لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلم يجز أخذ العوض عنه كما لا يجوز ان يصالحه على ان لا يقتله ولا يغصب ماله

(الثالث) أن يصالحه على ان لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه لانه ليس بحق له وان صالح عن حق الشفعة لم يصح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يجز العوض عنه لانه ليس بمال فهو كحد القذف وان صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان حدا لله تعالى لم يكن له أن

سنة لم يصح لانه يصالحه في ملكه على ملكه أو منفعته وان أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها وان أعطاه بعض داره بناء على هذا فمتى شاء انتزعه منه لانه أعطاه اياه عوضاً عما لا يصلح عوضا عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من الدار لانه أخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع المأخوذ بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها وإنما آجر السطح مدة مقامه في يديه وله أخذ آلته، ولو اتفقا على ان يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلاته فليس له أخذ بنائه لانه ملك لصاحب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويحتمل ان يملك نقضه كقولنا في الغاصب

(فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة، قد ذكرنا ذلك فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمستأجر استيفاء منفعته الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب وان أعتق العبد في اثناء المدة نفذ عتقه لانه مملوكه يصح بيعه فصح عتقه لغيره والمصالح ان يستوفي نفعه في المدة لانه أعتقه بعد ان ملك منفعته لغيره فأشبه ما لو أعتق الامة المزوجة حر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما زال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلم يرجع بشيء، وان اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا أو مقطوع اليدين أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي وابن عقيل وجها آخر انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعاً فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفعته

ولنا ان اعتاقه لم يصادف المعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد

يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وان كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمال ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال، وهل يسقط بالصلح فيه؟ ينبني على الخلاف في كون حد القذف حقاً لله تعالى أو لآدمي فان كان حقاً لله تعالى لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا وان كان حقاً لآدمي سقط بصلحه واسقاطه كالقصاص .

﴿مسئلة﴾ (وان صالحه أن يجري على ارضه أو سطحه ماء معلوما صح)

إذا صالح رجل على موضع قناة من ارضه يجري فيها ماء وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع لموضع من ارضه فلا حاجة إلى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء، وان صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الارض مع بقاء ملكه عليها فهو اجارة للارض يشترط له تقدير المدة فان كانت الارض في يد رجل باجارة جاز له ان يصالح رجلا على اجراء

والآخر بنفعه فأعتق صاحب الرقبة وكما لو أعتق أمة مزوجة، وقولهم انه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا أنما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين ان العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد معيبا عيبا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد بعينه صح الصلح ويكون بيعا والحكم فيما إذا خرج مستحقا أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل) إذا ادعى زرعا في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرنا ذلك في البيع، وان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز لانه ان صالحه عليه بشرط التبقية أو من غير شرط القطع لم يجز لانه لا يجوز بيعه كذلك وان شرط القطع لم يجز لانه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه، ويحتمل ان لا يجوز لان في الزرع ما ليس بمبيع وهو النصف الذي لم يقر به، وهو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليسلم الارض اليه فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الارض فأمكن القطع، وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض ليكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجميع احتمل الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المنع لان باقي الزرع ليس بمبيع فلا يصح شرط قطعه في العقد

الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة الاجارة وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة، فان كانت الارض في يده وقفا عليه فقال القاضي هو كالمستأجر يجوز له ان يصالح على إجراء الماء في ساقية لانه لا يملكها انما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الارض له وله التصرف فيها كيفما شاء مالم ينقل الملك فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه انما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر اذا اذن له في الحفر، فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجهين بناء على ما اذا أجره مدة فمات في أثناء المدة فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة

(فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في ارضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماؤه معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره

(فصل) اذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو على نفس الجدار لزم مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها إلى ناحية أخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير فعله فلم يجبر على ازالته كما اذا لم يكن مالكا له وان تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به اذا أمر بازالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حائطه الى ملك غيره على ما سنذكر ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الامرين لانه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فان أمكنه ازالتها بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا أمكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان أتلفها في هذه الحال غرمها وان لم يمكنه ازالتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه، فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم فاختلف أصحابنا فقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابساً لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للغرفة يتجدد له الاولاد والغراس الذي يستأجر له الارض يعظم ويجفو وقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عنه بحال رطبا كان أو يابسا لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص

ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء الى السطح لأن ذلك يختلف ولا يفتقر الى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو الى ذلك، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر بمدة كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفى به منافع المجرى دائماً ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان ايضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لأن ذلك حصل بتقدير الساقية فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مثلها والماء الذي على السطح يفتقر الى معرفة قدر السطح لانه يجري منه القليل والكثير، فان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية لم يجز أن يصالح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به، وان كان ماء السطح يجري على الارض احتمل ان لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر في أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسما فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز اذا لم يحتج الى حفر ولم يكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة الاجارة كما قلنا في أجراء الماء في الساقية

وربما ذهب كله، وقال القاضي إن كان يابسا معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه لان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي واللائق بمذهب أحمد صحته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه مملوكا لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(فصل) وان صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بثمرها كله فقد نقل المروذي واسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: لا أدري فيحتمل أن يصح ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه أنه قال: ايما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح وهو قول الأكثرين واليه ذهب الشافعي لان العوض مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولان المصالح عليه أيضا مجهول لانه يزيد ويتغير على ما أسلفناه ووجه الاول أن هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الامطار والصلح على المواريث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها، ويقوى عندي أن الصلح ههنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيح صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيح صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيحه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لانه مجرد اباحة

(فصل) واذا أراد ان يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز لانه تصرف في ارض غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو لم تدع اليه ضرورة ولان مثل هذه الحاجة لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه بمثل الحاجة (والاخرى) يجوز لما روي ان الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في ارض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك تشرب به أولا وآخراً ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره ان يخلي سبيله فقال محمد لا والله فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع؟ تشرب به أولا وآخراً فقال محمد لا والله فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل. رواه مالك في الموطأ وسعيد في سننه والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وان صالح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوماً أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به لم يجز ذكره القاضي لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولانه

من كل واحد منهما لصاحبه فجرى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن داري واسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبحتك الاكل من ثمرة بستاني فأبحني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالاولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل الى صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه جمع بين الامرين ونظر للفريقين وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة انسان الى أرض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من ثبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم يؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع الا ان العروق لا ثمر لها فان اتفقا على أن ما نبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرنا فعلى قولنا اذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها الى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه انما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلمه له رجع بأجر المثل كما لو بذلها بعوض فلم يسلم له وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ماذكرناه

(فصل) وإذا صالحه على المؤجل ببعضه حالا لم يجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عيينة وهشيم

مجهول قال وان صالحه على سهم من العين او النهر كالثلث والربع جاز وكان بيعا للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة بدليل مالو أخذه في قربته والصلح يجوز على مالا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد والصلح على المجهول

(مسئلة) (ويجوز ان يشتري ممراً في دار وموضعا في حائطه يفتحه بابا، وبقعة يحفرها بئراً)لان هذه الاماكن يجوز بيعها وإجارتها فجاز الاعتياض عنها كالدور

(مسئلة) (وان يشتري علو بيت يبني عليه بنيانا موصوفا) اذا كان البيت مبنياً لما ذكرناه

(فان كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين) ذكره القاضي واصحاب الشافعي لانه مبيع للهواء دون القرار والثاني يجوز لانه ملك للمصالح فجاز له أخذ عوضه كالقرار وانما يجوز بشرط أن يصف العلو والسفل بما يعلم به لان من شرط صحة البيع العلم بالمبيع

(مسئلة) (وان حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بازالتها فله ذلك فان ابى فله قطعها) وجملة ذلك انه اذا حصلت اغصان شجرته في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة لزم

وأبو حنيفة واسحاق وروي عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لا بأس به وعن الحسن وابن سيرين أنهما كانا لا يريان بأساً بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لانهما تبايعا العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن مثلها، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولانه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز كما لو كانت معينة ويفارق ما اذا كان عن غير مواطأة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أومع الشركة كبيع درهم بدرهمين ، ويفارق مااذااشترى العروض بثمن مثلها لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً ، فأما ان صالحه عن الف حالة بنصفها مؤجلا فان فعل ذلك اختيارا منه وتبرعا به صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى والاسقاط صحيح ، وان فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان مما لا سبيل الى معرفته . قال أحمد في الرجل يصالح على الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يجز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولا لا يدري ماهو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا فان عرف قيمة دقيق الحنطة

مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها الى ناحية اخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة مايشغله من ملك غيره كالقرار فان امتنع المالك من إزالته لم يجبر لانه من غير فعله فلم يجبر على إزالته كما لو لم يكن ملكه وان تلف بها شيء لم يضمنه لذلك ويحتمل ان يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به اذا امر بازالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حائطه الى ملك غيره على ما نذكره ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء إزالته باحد الامرين لانه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فان امكنه إزالته بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا امكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غرمها، وان لم يمكنه إزالتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه

(مسئلة) (فان صالحه عن ذلك بعوض لم يجز) اختلف اصحابنا في ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطبا كان الغصن أو يابساً لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله ، وقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابساً لان الجهالة في المصالح عنه

ودقيق الشعير بيع هذا وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح، بينهما وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصالح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له أو لا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت في حل منه ويقول الدافع ان كنت أخذت مني أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيع ولا يصح البيع على مجهول

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست «استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه» وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق والطلاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلأن يصح مع الجهل أولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلهما طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح أفضى الى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع وانما هو ابراء وان سلمنا كونه بيعاً فانه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان وطي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال

لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى ذلك لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للغرفة يتجدد له أولاد والغراس المستأجر له الارض يعظم ويجفو وقال القاضي ان كان يابساً معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه ولان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد صحته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه ملكا لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(مسئلة) (وان اتفقا على ان الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم)

وجملة ذلك انه اذا صالحه عن ذلك بجزء من الثمرة أو بالثمرة كلها فقد نقل المروذي واسحاق بن ابراهيم عن أحمد انه سئل عن ذلك فقال لا أدري فيحتمل ان يصح، ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه

صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم أو بهذا الثوب صح اذا ثبت هذا فان كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالمختصمين في مواريث دارسة وحقوق سالفه أو في ارض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منهما صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى وان كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من كونه معلوما لان تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتفضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فأما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجهله صاحبه فلا يصح الصلح عليه مع الجهل قال أحمد: ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح واحتج بقول شريح أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها فهي الريبة كلها قال وان ورث قوم مالا ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك ولا يشترى منها شيء وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ما هو، وانما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدرى ما هو حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه، فأما اذا علم فلم يصالحه انما يريد يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لابراء الذمم وازالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته فأما ان صالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته من جنسها لم يجز وكذلك لو أتلف عبدا أو شيئاً غيره فصالح عنه بأكثر من قيمته

أنه قال أيما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل ان لا يصح وهو قول الاكثر وبه قال الشافعي لان العوض مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولان المصالح عليه أيضاً مجهول لانه يزيد ويتغير على ماسلفناه، ووجه الاول ان هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الامطار وعلى المواريث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها

قال شيخنا ويقوى عندي ان الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيح صاحبه مابذل له فصاحب الهواء يبيح صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيحه مابذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لانه مجرد اباحة من كل واحد منهما لصاحبه فجرى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن داري وأسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبحتك الأكل من ثمرة بستاني فابحني الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني

من جنسها لم يجز . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة فلم يجز ان يصالح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع ولانه اذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لانه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم يجز وكانت حالة وبهذا قال الشافعي وعن أحمد يجوز وهو قول أبي حنيفة لانه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه انما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة ، الحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين وبيع الدين بالدين غير جائز

(فصل) ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقا رجع بقيمته في قولهم جميعا وان خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصلح فاسد فرجع ببدل ما صالح عنه وهو الدية . ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقا

(فصل) ولو صالح عن دار او عبد بعوض فوجد العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيمته ان كان تالفاً لان الصلح هنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقا أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس ببيع وانما يأخذ عوضا عن اسقاط القصاص، ولو اشترى شيئاً فوجده معيبا فصالحه عنه بعبد فبان مستحقا أو حرا رجع بارش العيب

أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ماشئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي إلزام القطع ضرر كثير وإتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل صاحب الهواء ضرر عليه ، وفيما ذكرناه جمع بين الأمرين ونظر للفريقين وهو على وفق الأصول فكان أولى .

(فصل) وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر انسان الى ارض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم تؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عنه كالحكم في الفروع إلا أن العروق لا ثمر لها فان اتفقا على أن ماينبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرناه فعلى قولنا إذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه انما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع باجر المثل كما لو بذلها بعوض لم يسلم له وكذلك فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرنا

ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضا عن ارش العيب فزال العيب رجعت بارشه لا بمهر المثل لأنها رضيت ذلك مهراً لها

(فصل) ولو صالحه عن القصاص بحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان أنه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لان الصلح ههنا باطل يعلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه

(فصل) اذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه تجري فيها ماء وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع موضع من أرضه ولا حاجة الى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء وان صالحه على اجراء الماء في ساقية من أرض رب الارض مع بقاء ملكه عليها فهذا اجارة للارض فيشترط تقدير المدة لان هذا شأن الاجارة فان كانت الارض في يد رجل باجارة جاز له أن يصالح رجلا على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة فأما ان كانت الارض في يده وقفا عليه فقال القاضي هو كالمستأجر له ان يصالح على اجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة وليس له ان يحفر فيها ساقية لانه لا يملكها انما يستوفي منفعتها كالارض المستأجرة سواء وهذا كله مذهب الشافعي، والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لان الارض له وله التصرف فيها كيفما شاء مالم ينقل الملك فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه انما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا اذن له في الحفر فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز أن يشرع الى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاناً)

الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة الى الطريق لا يجوز اخراجه سواء كان يضر بالمارة في العادة أو لا يضر ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطا بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجداران ملكه أولم يكونا اذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ ، وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه وان عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة فأشبه المشي في الطريق والجلوس فيها واختلفوا في الذي لا يضر ماهو فقال بعضهم إن كان في شارع تمر فيه الجيوش فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل .

ولنا أنه بنى في ملك غيره بغير اذنه فلم يجز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن أهله ، ويفارق المرور في الطريق فانها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز

على وجهين بناء على ما اذا آجره مدة فمات في أثنائها فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة، وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة

(فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماءا معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء الى السطح لان ذلك يختلف، ولا يفتقر الى ذكر مدة لان الحاجة تدعو الى هذا، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لان هذا لا يستوفى به منافع المجرى دائما ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضا في ان الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها والماء الذي على السطح يحتاج الى معرفة مقدار السطح لانه يجري منه القليل والكثير، وان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجرا أو عارية مع انسان لم يجز أن يصالح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به وان كان ماء السطح يجري على أرض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسما فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها واحتمل الجواز اذا لم يحتج الى حفر ولم تكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته كما قلنا في اجراء الماء في الساقية والله أعلم

(فصل) واذا أراد أن يجري ماء في ارض غيره لغير ضرورة لم يجز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين

منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعلو الارض بمرور الزمان فيصدم رءوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي وقد رأينا مثل هذا كثيرا، وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها

ولنا على أبي حنيفة أنه بنى في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجز فلم يجز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لان حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع فاما الدكان فلا يجوز بناؤه في الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق واسعاً أو لا وسواء أذن فيه الامام أو لم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولانه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العاثر أشبه ما لو كان الطريق ضيقاً .

(فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الاعظم ولا إلى درب غير نافذ إلا باذن أهله وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر اجتاز على دار العباس

(احداهما) لايجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو لم تدع اليه ضرورة لان مثل هذه الحاجة لايبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة

(والاخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في ارض محمد بن مسلمه فأبى فقال له الضحاك: لم تمنعني وهو منفعة لك تشربه أولا وآخرا ولا يضرك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد: لا والله فقال له لم تمنع اخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولا وآخراً؟ فقال محمد لا والله فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك فامره عمر أن يمر به ففعل . رواه مالك في موطئه وسعيد في سننه والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وان صالح رجلا على ان يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي لا يجوز لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولانه مجهول . قال وان صالحه على سهم من العين او النهر كالثلث او الربع جاز وكان بيعا للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز اخذ العوض عنه في الجملة بدليل ما لو اخذه في قربته او انائه ويجوز الصلح على مالا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد واشباهه والصلح على المجهول

وقد نصب ميزابا إلى الطريق فقلعه فقال العباس تقلعه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير نكير

ولنا ان هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز أن يفعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا باذن أهله)

أما في ملك الانسان فلا يجوز بغير اذنه لانه تصرف في ملك الغير فلم يجز بغير إذنه فلا يجوز ذلك في الدرب وبه قال الشافعي في الجناح والساباط اذا لم يكن له في الدرب باب، وان كان له في الدرب باب فقد اختلف اصحابه فنهم من منعه أيضاً ومنهم من اجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطراقا فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان يصالح امرأة لتقر بالزوجية لانه صلح يحل حراما ولانها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجز وان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف عنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لافتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لاقيمة له وانما اجيز الخلع للحاجة الى افتداء نفسها

(والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كعوض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وازالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولانها مشروعة في حقها في احدى الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية باقرارها أو ببينة فان قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع ، وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها، ولو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يجز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يجز في احد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا ليطلقها ثلاثا

(فصل) وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجز لانه يحل حراما فان إرقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا بغيره ،وان دفع اليه المدعى عليه مالا صلحا عن دعواه صح لانه يجوز أن يعتق عبده بمال ويشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه ولو ادعى على رجل الفا فأنكره فدفع اليه شيئا ليقر له بالالف لم يصح فان أقر لزمه ما أقر

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين اشبه اذا لم يكن له فيه باب ولا نسلم الاصل الذي قاسوا عليه فان أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان لمالك واحد

(مسئلة) (وان صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين)وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز في الجناح والساباط لانه بيع للهواء دون القرار

ولنا أنه يبني فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرجه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما اذا أخرجه الى ملك انسان معين يجوز باذنه بعوض وبغيره اذا كان معلوم المقدار

(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها لماء المطر أو ليستخرج منها ماء ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرنا من قبل، وان اراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليسقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا

به ويرد ماأخذه لانه تبين باقراره كذبه في انكاره وان الالف عليه نيلزمه أداؤه بغير عوض ولا يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه وان دفع اليه المنكر مالاصلحاًعن دعواه صح وقدمضى ذكره

(فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح لانه لايخلو من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمي أوحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانه ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة (الثاني) ان يصالحه على ان لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله (الثالث) أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه لان ذلك ليس بحق له فلم يجز له أخذ عوضه كسائر ماليس بحق له ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك ولم يجز له أخذ العوض، وان صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وإن كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال وهل يسقط الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى أوحقاً لآدمي فان كان حقاً لله تعالى

فان كان الطريق ضيقا أو كانت في ممر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية من طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك يقع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز بغير إذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان انسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه ليبزل فيهاماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء انفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك انسان معين

(مسئلة) (واذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه بابا لغير الاستطراق جاز)

لان له رفع جميع حائطه فبعضه أولى. قال ابن عقيل ويحتمل ان لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر باهل الدرب بخلاف رفع الحائط فانه لا يدل على شيء

(مسئلة) (وان فتحه للاستطراق لم يجز بغير اذنهم) لانه ليس لهم حق في الدرب الذي هو ملك غيره وفيه وجه آخر أنه يجوز لان له رفع جميعه

والاول أولى لان الدرب لاحق له فيه فلم يجز ان يجعل له فيه حق استطراق فان صالحهم جاز لان الحق لهم فأشبه دورهم اذا صالحهم على شيء منها

لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا والسرقة وان كان حقاً لآدمي سقط بصلحه واسقاطه مثل القصاص فان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً لكونه حقاً لآدمي .

(فصل) ولايجوز ان يشرع الى طريق نافذ جناحاً وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أولا يضر ، ولايجوز أن يجعل عليها ساباطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام لانه نائبهم فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك مالاضرر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك احد فيه من غير مضرة فكان جائزاً كالمشي في الطريق والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم إن كان في شارع تمر فيه الجيوش والاحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه وقال اكثرهم لايقدر بذلك بل يكون بحيث لايضر بالعماريات والمحامل

ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن

(فصل) وان كان ظهر داره الى زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً اليه جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه فان قيل هذا فيه اضرار باهل الدرب لانه يجعله نافذاً يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما تصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره

(مسألة) (ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله الى أوله ولم يملك نقله الى داخل منه في احد الوجهين)

لانه اذا نقل بابه الى ما يلي باب الدرب فقد ترك بعض حقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لان حقه لم يسقط ، فاما ان أراد نقل بابه الى تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لااستطراق له فيه ، وفيه وجه آخر انه يجوز لانه كان له ان يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما ان تحويله بعد فتحه لايسقطه ولان له ان يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والاول أولى لانه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالمسألة التي قبلها

(فصل) وان كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فأراد صاحب الداخل ان يحول بابه فله تحويله حيث شاء لانه لا منازع له فيما يجاوز الباب الاول اذا قلنا

أهله ويفارق المرور في الطريق فانها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لامضرة فيه فانه يظلم الطريق ويسد الضوء وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعلوا الارض بمرور الزمان فيصدم رءوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي ، وقد رأينا مثل هـذا كثيراً وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها ، وعلى أبي حنيفة أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجز فلم يجز بغير اذنهم كما لو أخرجه الى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه ، وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع منه .

(فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكانا بغير خلاف نعلمه سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع سواء أذن الامام فيه أولم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولانه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العاثر فلم يجز كما لو كان الطريق ضيقاً

(فصل) ولا يجوز ان يبني دكاناً ولا يخرج روشناً ولا ساباطاً على درب غير نافذ الا باذن أهله وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب وان كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فنهم من منعه أيضاً ومنهم من أجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطراقا فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ .

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ولا نسلم الاصل الذي قاسوا عليه فاما إن أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان المالك واحدا ، وان صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز لانه بيع للهواء دون القرار

ان صاحب القريب ليس له ان يقدمه الى داخل الدرب وان قلنا له تقديمه جاز لكل واحد منهما فان كان في داخل الدرب باب لثالث فحكم الاوسط حكم الاول فيما ذكرناه

(فصل) اذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما الى درب غير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز لانه تصرف في ملكه المختص وان فتح من كل واحدة منهما بابا الى الاخرى ليتمكن الى التطرق من كل واحدة منهما الى كلي الدربين فقال القاضي لايجوز لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولانه ربما ادى الى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى، ويحتمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى قال شيخنا وهذا أشبه وما ذكرناه للمنع ينتقض بما اذا رفع الحائط جميعه، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب جاز وكذلك ان أذنوا له بغير عوض

ولنا أنه يبني فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرجه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما إذا أخرجه الى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه ويجوز باذنه بعوض وبغيره إذا كان معلوم المقدار والله أعلم .

(فصل) ولا يجوز ان يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها لماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرناه من قبل، وان أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل ان يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا فان كان الطريق ضيقا أو يحفرها في ممر الناس بحيث يخاف سقوط انسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز ذلك لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز الا باذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان انسان ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك انسان معين

(فصل) ولا يجوز اخراج الميازيب الى الطريق الاعظم ولا يجوز اخراجها الى درب نافذ الا الا باذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر رضي الله عنه اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزابا الى الطريق فقلعه فقال العباس تقلعه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده؟ فقال والله لا نصبته الا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو الى ذلك ولا يمكنه رد مائه الى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير نكير . ولنا ان هذا تصرف في هواء

(فصل) اذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يليه بينهما لان لهما الاستطراق فيه جميعاً وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك فلهما التصرف فيه بناء على أن للاول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه والباقي للثاني لانه ليس بفناء للاول ولا له فيه استطراق والثالث يكون بينهما لان لهم يداً وتصرفا، وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولآخر سفله ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن فالذي من الدرجة الى باب الخان بينهما وما زاد على ذلك الى صدر الخان على الوجهين، فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبد بما يختص به منه بان

مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى مافيه من الضرر فان ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل انه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل ان يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(فصل) ولا يجوز ان يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا الا باذن شريكه لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ولا يجوز ان يغرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف لانه تصرف في الحائط بما يضربه فلم يجز كنقضه ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الاولى لانه اذا لم يجز فيما له فيه حق ففيما لاحق له فيه اولى وان صالحه عن ذلك بعوض جاز واما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره اليه فلا باس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستظلال به

(فصل) فاما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجز بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا ولقول رسول الله ﷺ « لاضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به الا ان به غنية عن ضع خشبه عليه لامكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضا وهو قول الشافعي وأبي ثور ولانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجز كبناء حائط عليه وأشار ابن عقيل الى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره» متفق عليه ولان ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كاخذ الشقص بالشفعة من المشتري والفسخ بالخيار أو بالعيب أو اتخاذ الكلب للصيد واباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت

يجعله دهليزاً لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئاً لان ذلك ملك له ينفرد به

(مسئلة) (وليس له ان يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة ولا طاقا بغير اذن صاحبه)

لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذلك لا يجوز ان يغرز فيه وتداً ولا يحدث عليه حائطاً ولا سترة ولا يتصرف فيه بنوع تصرف لانه يضر بحائط غيره فهو كنقضه وان صالحه على ذلك بعوض جاز فأما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره فلا بأس به لكونه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستظلال به

(مسئلة) (وليس له وضع خشبه عليه الا عند الضرورة بان لا يمكنه التسقيف الا به)

أما وضع خشبه عليه فلا يجوز اذا كان يضر بالحائط لا نعلم فيه خلافا لقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر به الا أن به عنه غنى لامكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فلم يجز كبناء

الحاجة الى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه فانه يجوز له وضعه بغير اذن الشريك وبهذا قال الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشترط القاضي وأبو الخطاب للجواز ان يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد وليس هذا في كلام أحمد انما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمتنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى أن يجعل عليه جسرا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر والاولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمجنون والعاقل لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فأما وضعه في جدار المسجد اذا وجد الشرطان فعن أحمد فيه روايتان (احداهما) الجواز لانه اذا جاز في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة والمساهلة أولى (والثانية) لا يجوز نقلها أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس وهذا اختيار أبي بكر وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلأن يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق الله تعالى مع ان حقه على المسامحة والمساهلة لغنى الله تعالى وكرمه فلأن يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى والمذهب الاول . فان قيل فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب فى الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لان الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه

حائط عليه ،واختار ابن عقيل جوازه لما روى أبو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت الحاجة الى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به فانه يجوز وضعه بغير اذن الشريك وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته

ولنا الخبر وأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشترط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا في كلام أحمد انما قال في رواية أبي داود لا يمنعه اذا لم

يضعف الحائط لانه يبقى مفتوحا في الحائط والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو الحاجة اليه بخلاف غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه او سقوط الحائط ثم أعيد فله اعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك وان زال السبب مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لزم ازالته لانه يضر بالمالك وزوول الخشب، وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه

(فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اعارته ولا اجارته لانه انما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أبيح له من حق غيره لحاجته فلم يجز له ذلك فيه كطعام غيره اذا أبيح له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط اعارة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تفويت الحق، وان احتاج الى هدمه للخوف من انهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطا بعدم الضرر بصاحب الحائط فتى أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) واذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز . فاذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة فاذا رجع

يكن فيه ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمتنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعاً يحتاج الى ان يجعل عليه جسراً ثم يضع الخشب على ذلك الجسر، قال شيخنا والاولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والعاقل والمجنون لما ذكرنا

(مسئلة) (وعنه ليس له وضع خشبه على جدار المسجد وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على جدار جاره)

اختلفت الرواية عن أحمد في وضع خشبه على جدار المسجد مع وجود الشرطين فعنه الجواز لانه اذا جاز وضعه في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة أولى وعنه لا يجوز نقلها عنه أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس اختاره أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلأن يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق

المعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم المستعير ازالة ما فعله لان اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به فلا يملك ذلك المعير كما لو أعاره أرضا للدفن والغراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان، وان اراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك لان المستعير قد استحق تبقية الخشب عليه ولا ضرر في تبقيته، وإن كان مستهدما فله نقضه وله على صاحب البناء والخشب ازالته واذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد سواء بناه بآلته أو غيرها، وهكذا لو قلع المستعير خشباً وسقط بنفسه لم يكن له رده إلا باذن مستأنف لان المنع من القلع أنما كان لما فيه من الضرر وههنا قد حصل القلع بغير فعله فأشبه ما لو كان في الارض شجر فانقلع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك لانه قد استحق بقاء ذلك على التأبيد وليس كذلك فانه انما استحق الابقاء ضرورة دفع ضرر القلع وقد حصل القلع ههنا فلا يبقى الاستحقاق، وان قلع صاحب الحائط ذلك عدوانا كان للآخر اعادته لانه أزيل بغير حق تعديا ممن عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه وان أزاله أجنبي لم يملك صاحبه اعادته بغير اذن المالك لانه زال بغير عدوان منه فأشبه مالو سقط بنفسه

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان اجارة في مدة معلومة أو صلحا على وضعه على التأبيد ومتى زال فله اعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته ،واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطا لا يعود انفسخت الاجارة فيما بقي ورجع من الأجرة

الله تعالى مع أنه مبني على المسامحة لغنى الله تعالى وكرمه فلأن يمنع في حق الآدمي مع شحه وضيقه أولى والمذهب الاول ، فان قيل فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في الحائط قياساً على وضع الخشب؟ قلنا الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه يضعف الحائط لانه يبقى مفتوحا والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو اليه الحاجة دون غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر الاستحقاق وان زال السبب مثل أن خشي على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح فان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه لزم ازالته لانه يضر بالمالك وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم تلزم إزالته لان في إزالته ضرراً بصاحبه ولاضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف مالو خشي سقوطه

(فصل) واذا كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك إجارته ولا إعارته لانه إنما ملك ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أبيح له من حق غيره لحاجته فلم يجز له ذلك فيه كطعام غيره

بقسط ما بقي من المدة وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل ماء في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح بيع

(فصل) وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فمتى زال فله إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولأخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقاً وبين ما إذا قال هذه لنا ورثناها جميعاً عن أبينا أو أخينا فيقال إذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورثناها عن أبينا فلا شفعة له لان المنكر يزعم أن الملك لاخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة. ووجه الاول أن الملك ثبت للمدعي حكماً وقد رجع إلى المقر بالبيع وهو معترف بأنه بيع صحيح فتثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا يتنافى إنكار المنكر وإقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

اذا أبيح له في حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعارة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تفويت الحق وان احتاج الى ذلك للخوف من انهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطاً بعدم الضرر بصاحب الحائط فمتى أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) فان أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز لان الحق له فجاز باذنه فاذا فعل ما أذن فيه صارت العارية لازمة تذكر في باب العارية

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان إجارة في مدة

﴿ مسئلة ﴾ قال : (واذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كل واحد منهما تحالفا وكان بينهما وكذلك ان كان محلولا من بنائهما وان كان معقوداً ببناء أحدهما كان له مع يمينه) .

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقوداً ببنائهما معاً وهو أن يكون متصلا بهما اتصالا لا يمكن احداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه الفطائر التي لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما أي غير متصل ببنائهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى فان لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ويجعل بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وماهو لصاحبه جاز وهو بينهما وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لان المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه فاذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لاحدهما بينة حكم له بها، وان كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما، فان لم يكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على الناكل فكان الكل للآخر، وإن كان الحائط متصلا ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالعقد ولا ينظر اليه .

ولنا ان الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحداً فاذا كان بعضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بني وحده فانه لو بني مع هذا كان متصلا به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا

معلومة أو صلحا على وضعه على التأبيد ومتى زال فله إعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا يختلف فيحتاج الى معرفته ، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة ورجع من الاجرة بقسط ما بقي من المدة، وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ماصالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز، وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لما جاز ان يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح بيع

الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد والا زج، فان قيل فلم لم تجعلوه له بغير يمين لذلك ؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس بيقين إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناه بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقداً يمكن إحداثه مثل البناء باللبن والآجر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنة أو آجرة أو يجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد بين الحائطين فقال القاضي لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليتملك الحائط المشترك وظاهر كلام الخرقي أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداثه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فانه يمكن ان تكون يداً عادية حدثت بالغصب أو بالسرقة أو العارية او الاجارة فلم يمنع ذلك الترجيح بها

(فصل) فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحوها فهو له وبهذا قال الشافعي لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه لكونه منتفعاً به فجرى مجرى كون حمله على البهيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائطه وكذلك إن كانت له عليه سترة ، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما أو له عليها أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لان الظاهر ان الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له .

(فصل) فان كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا لا ترجح دعواه بذلك وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه وعندنا انه حق يجب التمكين منه فلم ترجح به الدعوى كاسناد متاعه اليه وتجصيصه وتزويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك

(فصل) واذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك او حائط جاره ولم يعلم سببه فمتى زال فله اعادته لان الظاهر ان هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق فجرى مجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) اذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه على ما أقر له بعوض صح الصلح ولاخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما اذا كان الانكار مطلقاً وبين ما اذا قال هذه لنا ورثناها جميعاً عن أبينا أو أخينا فيقال اذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورثناها فلا شفعة له لان المنكر يزعم ان الملك لاخيه المقر لم يزل وان الصلح باطل

لانه منتفع به بوضع ماله عليه فاشبه الباني عليه والزارع في الارض ، وورود الشرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل انا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على الدوام حتى متى زال جازت اعادته ، ولان كونه مستحقاً تشترط له الحاجة الى وضعه ففيما لا حاجة اليه له منعه من وضعه وأما السماح به فان اكثر الناس لا يتسامحون به ، ولهذا لما روى ابو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطؤا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين اكتافكم واكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه ولان الحائط يبنى لذلك فيرجح به كالازج ، وقال أصحاب ابي حنيفة لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لان الحائط لا يبنى له ويرجح بالجذعين لان الحائط يبنى لهما ، ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل الى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك احدهما واقطاع الآجر الى ملك الآخر ولا بمعاقد القمط في الخص يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن اليه وجه الحائط ومعاقد القمط لماروى نمر بن حارثة التميمي عن أبيه ان قوماً اختصموا الى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن يليه معاقد القمط ثم رجع الى النبي ﷺ فأخبره فقال «اصبت واحسنت» رواه ابن ماجه وروي نحوه عن علي ولان العرف جار بان من بنى حائطاً جعل وجه الحائط اليه

ولنا عموم قوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على من انكر» ولان وجه الحائط ومعاقد القمط اذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون إلى احدهما إذ لا يمكن كونه اليهما جميعاً فبطلت دلالته كالتزويق ولانه يراد للزينة فأشبه التزويق، وحديثهم لا يثبته اهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر

فيؤاخذ بذلك فلا يستحق به شفعة، ووجه الاول ان الملك ثبت للمدعي حكما وقد رجع الى المقر بالبيع وهو معترف بانه بيع صحيح فتثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقا ويجوز أن يكون نصيب المقر انتقل الى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا ينافي انكار المنكر واقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه أجبر عليه وعنه لا يجبر) اذا كان بين الشريكين حائط فانهدم فطلب أحدهما اعادته وأبى الآخر فذكر القاضي فيه روايتين

(احداهما) يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح قال ابن عقيل وعلى ذلك اصحابنا وهو احدى الروايتين عن مالك وقول الشافعي القديم واختاره بعض أصحابه لان في ترك بنائه اضرارا فيجبر عليه كما يجبر على القسمة اذا طلبها أحدهما وعلى نقض الحائط عند خوف سقوطه

قال الشالنجي ذكرت هذا الحديث لاحمد فلم يقنعه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هـذا حديثاً ولم يصححه وحديث على فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فان العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن اثوابه اعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به فلا دليل فيه .

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتجسين ولا بكون أحدهما له على الآجر سترة غير مبنية عليه لانه مما يتسامح به ويمكن احداثه .

(فصل) وان تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلاني فهي لصاحب السفل لانه المنتفع بها وهي من جملة البيت فكانت لصاحبه وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لذلك ،وإن تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما وبهذا قال الامام الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لان السقف على ملكه فكان القول قوله كما لو تنازعا سرجاً على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب العلو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لاينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لها فكان في يده وهـذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو تقله فاستويا فيه

(فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجـة التي يصعد منها فان لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مسمراً أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لان له اليد والتصرف وحـده لانها مصعد صاحب العلو لاغير والعرضة التي عليها الدرجة له أيضاً لانتفاعه بها وحده ، وإن كان تحتها بيت

عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » وهذا وشريكه يتضرران في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن أحمد مايدل على ذلك وهو أقوى في النظر ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الانفاق عليه كما لو انفرد به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالابتداء ولانه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لهما جميعاً لايجوز أن يجبر لحق نفسه بدليل مالو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره واذا لم يكن واحد منهما موجباً فعليه فكذلك اذا اجتمعا وفارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر لما فيه من الغرامة وانفاق ماله ولا يلزم من اجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه اجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة مافي قسمته ضرر ويفارق هدم الحائط اذا خيف سـقوطه لانه يخاف سقوطه على مايتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليـه وان انفرد الحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضرارا فان الضرر انما حصل بانهدامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل النفع

بنيت لاجله لتكون مدرجاً للعلو فهي بينهما لان يديهما عليها ولانها سقف للسفلاني وموطىء للفوقاني فهي كالسقف الذي بينهما وإن كان تحتها طاق صغير لم تبن الدرجة لاجله وانما جعل مرفقاً يجعل فيه جب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لانها بنيت لاجله وحده ويحتمل أن يكون بينهما لان يدهما عليها وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) ولو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وكانت بينهما لانها حاجز بين ملكيهما فهي كالحائط بين الملكين

(فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم فطالب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يجبر الممتنع على إعادته قال القاضي : فيه روايتان إحداهما يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح وقال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قديم قوليه واختاره بعض أصحابه وصححه لان في ترك بنائه إضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى النقض إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي ﷺ « لاضرر ولا إضرار » وهذا وشريكه يتضرر ان في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن احمد مايدل على ذلك وهو أقوى دليلا ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لاحرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الانفاق عليه كما لو انفرد به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالابتداء ولانه لايخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقيهما جميعاً : لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه بدليل مالو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره فاذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه فكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وانفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه

به وهذا لا يمنع الانسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا انه اضرار لكن في الاجبار اضرار ولا يزال الضرر بالضرر ولانه قد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه شي فيكلف الغرامة مع عجزه عنها

(مسئلة) (وليس له منعه من بنائه) على الرواية التي تقول لا يجبر الممتنع اذا أراد شريكه البناء فليس له منعه لان له حقا في الحمل ورسما فلا يجوز منعه منه

(مسئلة) (فان بناه بآلته فهو بينهما وان بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به وان طلب الانتفاع به خير الثاني بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ آلته)

وجملة ذلك أن للشريك بناء الحائط بانقاضه وله بناؤه بآلة من عنده، فان بناه بآلته وانقاضه فهو على الشركة كما كان لان المنفق انما أنفق على التالف وذلك أثر لا عين يملكها وان بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة، وله منع شريكه من الانتفاع به ومن وضع خشبه ورسومه عليه لان الحائط له فان أراد نقضه وكان بناه بآلته فليس له نقضه لانه ملكهما فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة

ضرر بدليل قسمة مافي قسمته ضرر ، ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوط حائطه على مايتلفه فيجبر على مازيل ذلك،ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فان الضرر إنما حصل بانهدامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به وهذا لايمنع الانسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الاجبار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه ما يبني به فيكلف الغرامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر . فان أراد شريكه البناء فليس له منعه منه لان له حقاً في الحمل ورسماً فلا يجوز منعه منه،وله بناؤه بانقاضه ان شاء وبناؤه بآلة من عنده فان بناه بآلته وانقاضه فالحائط بينهما على الشركة كما كان لان المنفق عليه انما أنفق على التالف وذلك أثر لاعين يملكها وإن بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لان الحائط له . وإذا أراد نقضه فان كان بناه بآلته لم يملك نقضه لانه ملكهما فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما وان بناه بآلة من عنده فله نقضه لانه ملكه خاصة فان قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لانه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الابقاء ، وإن أراد غير الباني نقضه أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعاً لانه إذا لم يملك منعه من بنائه فلأن لا يملك إجباره على نقضه أولى،فان كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له اما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي

عليهما وان كان بناه بآلة من عنده فله نقضه لانه يختص بملكه فان قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لانه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الابقاء وان أراد غير الباني نقضه واجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين لانه اذا لم يملك منعه من بنائه فلأن لا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع أو وضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي واما ان تقلع حائطك لنعيد البناء من بيننا فيلزم الآخر إجابته لانه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه ؛ وان لم يرد الانتفاع به فطالبه الثاني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لانه اذا لم يجبر على البناء فاولى ان لا يجبر على الغرامة الا أن يكون قد أذن في البناء والانفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الاولى فمتى امتنع اجبره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وان لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك باذن الحاكم أو أذن الشريك رجع عليه متى قدر ، واذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه ، وما أنفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه ، وان بناه لنفسه بآلته فهو بينهما وان بناه بآلة من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك الا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لانه اذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على ابقائه

ووضع خشبي واما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننا فيلزم الآخر إجابته لانه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الباني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على الغرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والانفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الاولى فتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك فان لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك باذن الحاكم أو إذن الشريك رجع عليه متى قدر وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه، وما أنفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن بناه لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لانه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه .

(فصل) فان لم يكن بين ملكيهما حائط قديم فطلب أحدهما من الاخر مباناته حائطا يحجز بين ملكيهما فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة لانه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له ولا أعلم في هذا خلافاً

(فصل) فان كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي قولان كالروايتين وان انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب العلو باعادتها فعلى روايتين

(فصل) فان لم يكن بين ملكيهما حائط فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا حائطا يحجز بين ملكيهما لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة فان أراد البناء وحده فليس له الا في ملكه لانه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له فيه

(فصل) فان كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الاخر فامتنع فهل يجبر ؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي فيه قولان ، فان انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب العلو باعادتها ففيه روايتان (احداهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة (والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة فان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً ، فان بناه بآلته فهو على ما كان وان بناه بآلة من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفل يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أنه لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لان البيت انما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق وتكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهو مذهب الشافعي لان السكنى انما هي اقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها أشبه الاستظلال

(احداهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة

(والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة وان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعا فان بناه بآلته فهو على ما كان وان بناه بآلة من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفل يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أن لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لان البيت انما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي لان السكنى انما هي اقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستظلال بها من خارج فأما ان طالب صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان

(احداهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لان الحائط ملك صاحب السفل مختص به فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو

(والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرداء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين

(فصل) فان كان بين البيتين حائط لاحدهما فانهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه فامتنع لم يجبر لانه ان كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وان كان الممتنع الاخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفل حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لان الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقا لابقائه على حيطان السفل دائما فلزم صاحب السفل تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسئلتنا

بها من خارج فاما ان طالب صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان:

(إحداهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لان الحائط ملك صاحب السفل فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو

(والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه، وهو قول أبي الدرداء لانه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين.

(فصل) فان كان بين البيتين حائط لاحدهما فانهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه لم يجبر لانه ان كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وان كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفل حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لان الظاهر ان صاحب العلو ملكه مستحقاً لابقائه على حيطان السفل دائماً فلزم صاحب السفل تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسئلتنا وان أراد

وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كما لو انهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمه اعادته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصالح على بعض ملكه ببعض فلم يصح كما لو أقر له بدار فصالحه على سكناها ، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فانه يحمله من الاثقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) فان كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة ففي اجبار الممتنع منهما روايتان وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الانفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضر به بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة والاولى التسوية لان في قسمة العرصة

صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كما لو انهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه، وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمته إزالته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصالح عن بعض ملكه ببعض فلم يصح كما لو أقر له بدار فصالحه على سكناها ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فانه يحمله من الاثقال مالا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز .

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة فاحتاج الى عمارة ففي اجبار الممتنع وجهان)

بناء على الحائط المشترك إذا انهدم وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الانفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيتضرر بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة قال شيخنا: والاولى التسوية لان في قسمة العرصة اضراراً بهما والانفاق أرفق بهما فكانا سواء

اضراراً بهما والانفاق أرفق بهما فكانا سواء . والحكم في الدولاب والناعوة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الانفاق عليه واذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لان الماء ينبع من ملكيهما وانما اثر احدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط اذا بناه بآلته، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على مامضى

(فصل) اذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فللقريب من الباب نقل بابه الى ما يلي باب الزقاق لان له الاستطراق الى بابه القديم فقد نقص من استطراقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لانه حقه لم يسقط وان أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لااستطراق له فيه ويحتمل جواز ذلك لانه كان له أن يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ولان له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثاني فان كان في داخل الدرب باب لآخر فحكمه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الاول سواء وان لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابه حيث شاء لانه على الاول لا منازع له فيما تجاوز الباب الاول وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره بابا آخر او يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما بابا جاز اذا وضع البابين في موضع استطراقه، وان كان ظهر دار أحدهما الى شارع نافذ اوزقاق نافذ ففتح في حائطه بابا اليه جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه، فان قيل في هذا اضرار بأهل الدرب لانه يجعله نافذا يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما تصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره، فاما ان كان بابه في الشارع وظهر داره الى الزقاق الذي لا ينفذ فأراد ان يفتح بابا الى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك لانه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين عليه ملك أربابه ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي قد تقدم ، وان أراد ان يفتح فيه بابا لغير الاستطراق أو يجعل له بابا يسمره أوشباكا جاز لانه لما كان له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى، قال ابن عقيل ويحتمل عندي انه لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فانه لايدل على شيء

(مسئلة) (وليس لاحدهما منع صاحبه من عمارته)

قال عمره فالماء بينهما على الشركة أما الدولاب والناعورة فالحكم فيه كالحكم في الحائط على ماذكرناه وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الانفاق عليه وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لانه ينبع من ملكهما وانما أثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته والحكم في الرجوع بالنفقة حكم الرجوع في النفقة على الحائط على مامضى

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه بما يضر بجاره نحو أن يبني حماما بين الدور أو يفتح

(فصل) واذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهما دارا واحدة جاز وان فتح من كل واحدة منهما بابا الى الاخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما الى كلا الدارين لم يجز ذكره القاضي لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولان ذلك ربما أدى إلى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ويحتمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى وهذا أشبه وما ذكرناه للمنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب بعوض معلوم أوأذنوا له بغير عوض جاز

(فصل) اذا تنازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) انه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يلي أوله بينهما لان لهما الاستطراق فيه جميعا وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والوجه الثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك لهما التصرف فيه بناء على ان للاول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه وما بعد ذلك للثاني لانه ليس بفناء للاول ولا له فيه استطراق (والثالث) يكون بينهما لان لهما جميعا يدا وتصرفا وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولآخر سفله ولصاحب العلو درجة فى اثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن فما كان من الدرجة الى باب الخان بينهما وما وراء ذلك الى صدر الخان على الوجهين (أحدهما) هو لصاحب السفل (والثاني)هو بينهما فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعا فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبدل بما يختص به منه بان يجعله دهليزا لنفسه أويدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئا لان ذلك ملك له ينفرد به

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو ان يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة وعن احمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

خبازاً بين العطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض الحنفية وعن أحمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض الحنفية لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا أنه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

ولنا قول النبي ﷺ «لاضرر ولا إضرار» ولان هذا إضرار بجيرانه فمنع منه كالذي سلموه كسقي

ولنا قول النبي ﷺ «لاضرر ولا اضرار» ولان هذا اضرار بجيرانه ، فمنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها ، وكسقي الارض الذي يتعدى الى هدم حيطان جاره ، أو اشعال نار تتعدى الى احراقها قالوا ههنا تعدت النار التي أضرمها والماء الذي أرسله فكان مرسلا لذلك في ملك غيره فأشبه ما لو أرسله اليها قصداً قلنا والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلا له في ملك جاره ، فهو كاجزاء النار والماء ، وأما دخان الخبز والطبيخ فان ضرره يسير ، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة

(فصل) وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني سترة تستره ، وقال الشافعي لا يلزمه عمل سترة لان هذا حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا انه اضرار بجاره فمنع منه كدق يهز الحيطان وذلك ، لانه يكشف جاره ويطلع على حرمه فأشبه ما لو اطلع عليه من صئر بابه أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلا اطلع اليك فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح» ويفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره

(فصل) إذا كانت بينهما عرصة حائط فاتفقا على قسمها طولا جاز ذلك سواء اتفقا على قسمها طولا أوعرضا لانها ملكهما ولا تخرج عنهما وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللآخر مثله فقال أصحابنا يجبر الممتنع على القسمة وهو مذهب الشافعي لان ذلك لا يضر فاذا اقتسما اقترعا. فكان لكل واحد منهما ماتخرج به القرعة ، فان كان مبنياً فلا كلام وإن كان غير مبني كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وان أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يجبر على القسمة لانها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لانه لا يقدر على حائط يستر ملكه وربما اختار أحدهما أن لا يبني حائطه فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفاً أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع بالاجبار عليه ، فان قيل فاذا كان مشتركا تمكن أيضاً من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو انتفاع به

الارض الذي يتعدى إلى هدم حائط جاره أو اشعال نار يتعدى الى إحراقها ، قالوا ههنا تعدت النار التي أضرمها والماء الذي أرسله فكان مرسلا لذلك في ملك غيره أشبه مالو أرسله اليها قصداً ، قلنا والدخان الذي هو اجزا الحريق الذي أحرقه فكان مرسلا له في ملك جاره فهو كالنار والماء وأما دخان الخبز والطبيخ فان ضرره يسير ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة

(فصل) فان كان سطح احدهما أعلى من سطح الا خر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه

لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالكلية ، وأما إن طلب قسمها عرضاً وهو أن يجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول نظرنا فان كانت العرصة لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لانها عرصة فأجبر على قسمها كعرصة الدار ولنا أن في قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وماذكروه ينتقض بذلك وإن كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما مايبني فيه حائطا ففي إجبار الممتنع وجهان أحدهما يجبر قاله أبو الخطاب لانه لاضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له مايندفع به حاجته فاشبه عرصة الدار التي يحصل لكل واحد منهما مايبنى فيه داراً . والثاني لايجبر ذكره القاضي لان هذه القسمة لاتقع فيها قرعة لاننا لوأقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على مايلي ملك جاره فلا ينتفع به فلوأجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ مايلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين، ومتى اقتسما العرصة طولا فبنى كل واحد منهما لنفسه حائطاً وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها لان ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته

(فصل) وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولا جاز ويعلم بين نصيبيهما بعلامة وان اتفقا على قسمته عرضاً فقال أصحابنا يجوز القسمة لان الحق لهما لا يخرج عنهما فاشبه العرصة ويحتمل أن لاتجوز القسمة لانها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يتميز ولايمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً لانه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله وإن فتح فيه طاقاً يضعفه ضعف كله وإن وقع بعضه تضرر النصيب الآخر، وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر فذكر القاضي أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا ان يطلب أحدهما قسمه طولا ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانهما إن قطعاه بينهما فقد أتلفا جزءاً من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وان لم يقطع وعلما علامة على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الاخر، ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائطه ولايجبر على القطع المضر بل يعلمه بخط بين نصيبيهما ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الاخر وان اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين والله أعلم .

على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني سترة تستره وقال الشافعي لايلزمه ستره لان هذا حاجز بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا أنه أضر بجاره فنمع منه كدق يهز الحيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على حرمه فاشبه مالو اطلع عليه من صئر بابه أو خصاصه وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلا اطلع اليك فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » ويفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالاعلى ولا يكشف داره .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » متفق عليه وفي لفظ « من أحيل بحقه على مليء فليحتل » وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة ، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، وقد قيل إنها بيع فان المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لانه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لانها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لانه بيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولان لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله . ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه ، ويشترط في صحتها رضى المحيل بلا خلاف فان الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاهما على ماسنذكره إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي فقد برىء المحيل أبداً)

من شرط صحة الحوالة شروط أربعة (أحدها) تماثل الحقين لانها تحويل للحق ونقل له فينقل على

باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « مطل الغني ظلم واذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » متفق عليه وفي لفظ من « أحيل بحقه على مليء فليحتل » واجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة ، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة الى ذمة ، وقد قيل إنها بيع فان المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لانه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك .والصحيح انها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لانها لو كانت بيعاً لما جازت لانه بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لانه بيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولان لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله، ولا بد فيهامن محيل ومحتال ومحال عليه

﴿ مسئلة ﴾ (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال

صفته ويعتبر تماثلهما في أمور ثلاثة (أحدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة ، أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح

(الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أجل أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال ان يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الامر لم تصح الحوالة فكذلك اذا شرطه، واذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة وتراضيا بان يدفع المحال عليه خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله او رضي من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى ، وان مات المحيل أو المحال فالاجل بحاله ، وان مات المحال عليه ففي حلول الحق روايتان مضى ذكرها

(الشرط الثاني) أن تكون على دين مستقر ، ولا يعتبر ان يحيل بدين مستقر ، الا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه ، لان دين السلم ليس بمستقر لكونه بعرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لانها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره» ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر فان له ان يمتنع من ادائه ويسقط بعجزه ، وتصح الحوالة عليه بدين

اذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه في قول عامة اهل العلم وروي عن الحسن انه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان

ولنا ان الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فانه مشتق من ضم ذمة الى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . اذا ثبت ذلك فمتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق الى المحيل أبدا سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس او موت أو غيره وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي ، وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجع على صاحبه وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مفلساً واذا جحده وحلف عليه عند الحاكم ، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين واذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان انه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً فقال يرجع بحقه لانه لاتوى على مال امرىء مسلم ولانه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتعاوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا أن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به فمات المحال

غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المداينات، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وان أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا ، وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، أو المشتري يفسخ البيع وبرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه (والثاني) لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه ، ولان الحوالة بمنزلة القبض فكأن المحيل أقبض المحتال دينه فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر ، وان كان بعد القبض لم يبطل وجها واحدا ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وان أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها لان الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل ويتحول

عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هي عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين وحديث عثمان لم يصح يرويه خلد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه وقد روي انه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولو صح كان قول علي مخالفاً له، وقولهم هو معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لان في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وهنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تصح الا بشروط ثلاثة (أحدها) ان يحيل على دين مستقر فان احال على مال الكتابة أو السلم قبل قبضه أو الصداق قبل الدخول لم يصح وان احال المكاتب سيده أو الزوج امرأته صح) لا تصح الحوالة على دين غير مستقر لان مقتضاها الزام المحال عليه الدين مطلقا ولا يثبت ذلك فيما هو بعرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر الا ان السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه لان دين السلم ليس بمستقر لكونه متعرضا للفسخ بانقطاع المسلم فيه ولا تصح الحوالة به لانها لا تصح الا فيما يجوز أخذ العوض عنه ولا يجوز ذلك في السلم لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى

وانما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحوله الى المحيل ، وان أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضا نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الاداء ، ولا المحتال قبول ذلك ، لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وانما هو اقتراض فان قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لانه قرض، وان أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه ، وان قبض منه الدين ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل به لانه قد غرم عنه وانما عاد اليه المال بعقد مستأنف ويحتمل ان لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئا، وان أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين ،ولم يوجد واحد منهما

(فصل) الشرط الثالث ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت بيعاً فلا تصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تمنع منه فتصح بكل ماثبت مثله في الذمة بالاتلاف من الاثمان والحبوب والادهان ، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة ومن شرط الحوالة تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمذروع والمعدود ففي صحة الحوالة به وجهان

(أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمنه بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) تصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فأشبه ماله مثل ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على

غيره فلا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر لان له ان يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المداينات، وان احال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض وان احالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر يحتمل ان يسقط بانفساخ النكاح بسبب من جهتها، وان أحالها الزوج به صح لان له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ماذكرنا وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار، وان احال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتاً مستقراً والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز بعد العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري، ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقدكان موجوداً وقت الحوالة . وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدها) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع

آخر مثلها في السن فقال القاضي تصح لانها تختص بأقل مايقع عليه الاسم في السن والقيمـة وسائر الصفات وقال أبو الخطاب لا تصح في أحـد الوجهين لانها مجهولة ولان الابل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف ولا تثبت في الذمة سلما في رواية ، وان كان عليه ابل من دية وله على آخر مثلها قرضا فأحاله عليه فان قلنا يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وان قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة لانه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولان الخيرة في التسليم الى من عليه الدين وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقترض وان كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم تصح لانا ان قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وان قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصل) الشرط الرابع أن يحيل برضائه لان الحق عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا فاذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامـة الفقهاء الا ماروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة الا أن يبرئه، وعن زفر انه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح لان الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فانه مشتق من ضم ذمة الى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . اذا ثبت أن الحق انتقل فتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق الى المحيـل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الخرقي وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وعن أحمد مايدل على أنه اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وبه قال جماعة من أصحابنا ونحوه قول مالك لان الفلس عيب في المحال عليه فكان

المحيل بدينه على المحال عليه والثاني لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه وثبت للمحتال فلم يزل عنه ولأن الحوالة بمنزلة القبض فـكأن المحيل أقبض المحتال فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر وان كان بعد القبض لم تبطل وجهـا واحـداً ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وان أحال من لا دين عليه على من له عليه دين فهي وكالة يثبت فيها احكامها وليست بحوالة لان الحوالة مأخوذة من تحويل الحق وانتقاله ولا حق ههنا ينتقل ويتحول وانما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحوله الى المحتال، وان أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الاداء ولا المحتال القبول لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وانما هو اقتراض فان قبض المحتال منـه الدين رجع على المحيل لانه قرض وان ابرأه لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه وان وهبه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحـال عليه على على المحيل به لانه قد غرم عنه وانما عاد اليه المال بعقد مستأنف ويحتمل أن لا يرجع اليه لـكونه ما

له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ولان المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مفلسا واذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان أن سئل عن رجل احيل بحقه فمات المحال عليه مفلسا فقال يرجع بحقه لا توى على مال امريء مسلم، ولانه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتعاوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا ان حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات المحال عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين، وحديث عثمان لم يصح يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه منه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح ولو صلح كان قول علي مخالفا له وقولهم أنه معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لانه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وههنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

(فصل) فان شرط ملاءة المحال عليه فبان معسرا رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وان شرط كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

غرم عنه شيئاً، وان أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين (الشرط الثاني) اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل لانها تحويل للحق ونقل له فينتقل على صفته. ويعتبر تماثلهما في الامور المذكورة (احدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح (الثاني) الصفة فلو احال من عليه صحاح بمكسرة أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح (الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا او كان أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو بعضه الى أجل لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط مالو كان ثابتا في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك اذا اشترطه. فاذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع المحال عليه الى المحتال خيراً من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى فان مات المحيل أو المحتال فالأجل بحاله وان مات المحال عليه انبنى على حلول الدين بالموت وفيه روايتان (الشرط الثالث) أن يحيل برضاه لان الحق

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع

(فصل) ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسا أو ميتا رجع على المحيل بلا خلاف فانه لا يلزمه الاحتيال على غير مليء لما عليه فيه من الضرر وانما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة اذا أحيل على مليء ولو أحاله على مليء فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضا على ظاهر قول الخرقي لكونه اشترط في براءة المحيل ابداء رضى المحتال

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أحيل بحقه على مليء فواجب عليه أن يحتال)

المليء هو القادر على الوفاء جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إن الله تعالى يقول: من يقرض المليء غير المعدم . وقال الشاعر :

تطيلين لياني وأنت مليئة وأحسن ياذات الوشاح التقاضيا

يعنى قادرة على وفائي والظاهر أن الخرقي أراد بالمليء ههنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا المماطل قال احمد في تفسير المليء كان المليء عنده أن يكون مليا بماله وقوله وبدنه ونحو هذا فاذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما لانها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل

عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذى على المحال عليه ولا خلاف في هذا

(فصل) ويعتبر لصحة الحوالة ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت بيعا فلا يصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت في الذمة بالاتلاف من الأثمان والحبوب والادهان ، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة، ومن شرط الحوالة تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمعدود والمذروع ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا يصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) يصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فاشبه ماله مثل، ويحتمل ان يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضي به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على آخر مثلها في السن فقال القاضي يصح لانها تختص باقل مايقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لانها مجهولة ولان الابل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف فلا تثبت في الذمة سلماً في رواية ، وإن كان عليه ابل في دية وله على آخر مثلها قرضا فأحاله عليه فان قلنا يرد القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة

فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً . فأما المحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه ، وللشافعي في اعتبار رضائه قولان أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهري لانه أحد من تم به الحوالة فأشبه المحيل والثاني لا يعتبر لانه اقامه في القبض مقام نفسه فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل .

ولنا قول النبي ﷺ اذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع ولان للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحال القبول كما لو وكل رجلا في إيفائه وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضاً لانه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله .

(فصل) إذا أحال رجلا على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لان حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر .

(فصل) إذا اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لأ نا تبينا أنه لاثمن على المشتري وإنما تثبت حريته ببينة أو اتفاقهم، فان اتفق المحيل والمحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لانهما يبطلان حقه أشبه مالو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني

لانه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولان الخيرة في التسليم الى من عليه الدية وقد رضي بتسليم ماله في ذمة المقترض فان كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم يصح لانا ان قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

﴿مسئلة﴾ (ولا يعتبر رضى المحال عليه ولا رضى المحتال ان كان المحال عليه مليئاً)

أما المحال عليه فلا يعتبر رضاه لان للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد اقام المحتال مقام نفسه في القبض فلزم المحال عليه الدفع إليه كالوكيل وانما تعتبر الملاءة في رضى المحتال بقرض المليء غير المعدم قال الشاعر :

تطيلين لياني وأنت مليئة   واحسن ياذات الوشاح التقاضيا

يعني قادرة على وفائي قال احمد في تفسير المليء ان يكون مليئاً بماله وقوله وبدنه فتى احيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما، وقال ابو حنيفة يعتبر رضاهما لانه معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين، وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله الى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز ان يجبره على ان يأخذ بالدين عوضاً، فأما المحال علية فقال مالك لايعتبر رضاؤه الا ان يكون المحتال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان :

وإن أقاما بينة لم تسمع لانهما كذباها بدخولهما في التبايع، وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى فان أقاما البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لانه إقرار على غيرهما وتبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لايصدقه فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لاقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة اليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

(فصل) وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشتري العبد بعيب أو مقايلة أو اختلاف في ثمن فقد بريء المحال عليه لانه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البايع وان رده قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به. وقال أبو الخطاب لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لان

(احدهما) يعتبر وهو يحكى عن الزهري لانه احد من تم به الحوالة فأشبه المحيل

(والثاني) لايعتبر لانه اقامه في القبض مقام نفسه فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «إذا اتبع احدكم على مليء فليتبع» ولان للمحيل ان يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد اقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحتال القبول كما لو وكل رجلا في إيفائه، وفارق ما إذا أراد ان يعطيه عما في ذمته عرضاً لانه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله وان لم يكن المحال عليه مليئاً لم يلزمه ان يحتال لمفهوم الحديث ولان عليه ضرراً في ذلك فلم يلزمه كما لو بذل له دون حقه في الصفة

(فصل) فان شرط المحتال ملاءة المحال عليه فبان معسراً رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لايرجع لان الحوالة لاترد بالاعسار اذا لم يشترط الملاءة فلاترد به وإن شرط كما لو شرط كونه مسلماً ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط مافيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط مالا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع.

﴿ مسئلة ﴾ (وان ظنه مليئا فبان مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه وإلا فلا ويحتمل ان يرجع)

المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه و نقل حقه اليه نقلا صحيحاً وبريء من الثمن وبرىء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا ، فان قلنا ببطلان الحوالة رجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وإن قلنا لاتبطل رجع المشتري على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه فان عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبريء البائع وعاد المشترى إلى غريمه ، وإن كانت المسئلة بحالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشترى ثم رد العبد المبيع ففي الحوالة وجهان (أحدهما) لاتبطل لان ذمة المشتري ، برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للاجنبي المحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري الى المحيل ، فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم الى المحتال ما أحاله به . والثاني تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولانه لا فائدة في بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها واذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبريء المشتري منهما

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له فقال وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل فقال بل أحلتني بلفظ الحوالة أو كانت بالعكس فقال أحلتك

أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلساً أو ميتاً رجع على المحيل بغير خلاف ، ولا يلزمه الاحتيال على غير المليء لما عليه فيه من الضرر وانما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة على المليء ، وان كان رضي بالحوالة لم يرجع لانه رضي بدون حقه ويحتمل أن يرجع لان الفلس عيب في الذمة فاشبه مالو اشترى شيئاً يظنه سليما فبان معيباً .

﴿مسئلة﴾ (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلا فالحوالة باطلة)

مثل أن يشتري عبداً فيحيل المشتري البائع بالثمن ثم يظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لانا تبينا أن لا ثمن على المشتري وكذلك ان أحال البائع على المشتري أجنبياً بالثمن متى بطل البيع بطلت الحوالة لذلك والحرية انما ثبتت ببينة أو اتفاقهم فان اتفق المحيل والمحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لانهما يبطلان حقه فاشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني وان أقاما بينه لم تسمع لانهما كذباها بدخولهما في التبايع ،وان أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لان الاصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكان جنبته أقوى فان أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لانه إقرار على غيرهما ويبطل

بدينك قال بل وكلتني فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه لانه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والاصل معه، فان كان لاحدهما بينة حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه، وان اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل انما وكلتك في القبض لي وقال الاخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر، فعلى الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين ان كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحتال محقا فقد أتلف ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان، وان تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسلمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لانه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده وهو مستحق

الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وان اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لاقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة اليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه

(مسئلة) (فان فسخ العقد بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة)

يعني إذا فسخ العقد بعيب أو إقالة بعد القبض فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن فقد بريء المحال عليه لانه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع فان كان ذلك قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب لا تبطل في أحد الوجهين لان المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلا صحيحاً وبريء من الثمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فان قلنا ببطلان الحوالة رجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وان قلنا لا تبطل رجع المشتري على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه وان كانت المسئلة بحالها لكن أحال البائع أجنبيا بالثمن على المشتري ثم رد العبد المبيع ففي الحوالة وجهان :

لقبضه فلافائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لان المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وانه يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعا فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسئلة لانهما لايختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وانما يدعي المحيل بينة وهذا لا تشهد به البينة نفيا ولا اثباتا

(فصل) وان كانت المسئلة بالعكس فقال أحلتك بدينك فقال بل وكلتني ففيها الوجهان أيضا لما قدمناه فان قلنا القول قول المحيل لحلف بريء من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه لانه يجوز له ذلك بقولهما معاً فاذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا القول قول المحتال لحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لانه اما وكيل واما محتال فان قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ماقبض لنفسه لان المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمنا فاذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً وان استوفى من المحيل رجع على المحال عليه في أحد الوجهين لانه قد ثبتت الوكالة بيمين المحتال وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لانه يعترف أنه قد بريء

(أحدهما) لا تبطل لان ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للمحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم للمحتال ماأحاله به

(والثاني) تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولافائدة في بقاء الحوالة فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الاولى وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية) إذا قلنا إن الحوالة لاتبطل ويحتمل أن تبطل إذا لم يكن قبضها وقد ذكرناه

(فصل) اذا أحال رجلا على زيد بألف فاحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لان حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالاول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر

﴿ مسئلة ﴾ (واذا قال احلتك قال بل وكلتني أو قال وكلتك قال بل أحلتني فالقول قول مدعي الوكالة)

إذا كان لرجل دين على آخر فاذن لرجل في قبضه ثم اختلفا فقال احلتك بدينك قال بل وكلتني وديني باق في ذمتك أو قال وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل قال بل أحلتني

من حقه وانما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه قال القاضي والاول أصح وان كان قد قبض الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه على الوجهين لانه ان كان محقا فقد أتلف حقه وان كان مبطلا فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصان، وان تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضا لان ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه لانه يعترف ببراءته

(فصل) وان اتفقا على أن المحيل قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال احدهما هي حوالة بلفظها وقال الاخر بل هي وكالة بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة وجها واحدا لان الحوالة بدينه لاتحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لادين لك علي لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده له بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكلتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل، فهل ذلك اعتراف بالدين أولا؟ فيه وجهان سبق توجيههما

بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الوكالة مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ماكان وينكر انتقاله والاصل معه فان كان لاحدهما بينة حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن اقامة البينة عليه

(مسئلة) (واذا اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل انما وكلتك في القبض لي وقال الآخر بل احلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين)

لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. فعلى الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه، وعلى كلا الوجهين ان كان المحتال قد قبض من المحال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحدمنهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحتال محقاً فقد أتلف ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مافي ذمته له فيتقاصان ويسقطان وان تلف بغير تفريط فالمحتال يقول قد قبضت حقي وتلف في يدي وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسليمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل ان لا يملك المحيل طلبه لانه معترف ان له عليه من الدين مثل ماله في يده وهومستحق لقبضه فلافائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل اخذه منه ولا يملك المحتال

(فصل) وإذا كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه وإن كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لاسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فان أقام المدعي بينة ثبتت فى حقه وحق الغائب لان البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال وإن لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لانه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت بينة والثاني لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أني وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمه اليمين مع الانكار فاذا حلف بريء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته .وكذلك إن قلنا لا تلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر فى المحيل

المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لان المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وانه لا يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسألة لانهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وانما يدعي المحيل نيته وهذا لا تشهد به البينة نفياً ولا اثباتاً .

(فصل) فان قال احلتك بدينك قال بل وكلتني ففيهما وجهان ايضاً لما قدمنا فان قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه لانه يجوز ذلك بقولهما معا فاذا قبضه كان له بحقه ، وان قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لانه اما وكيل او محتال،فان قبض منه قبل أخذه من المحيل فله اخذ ما قبض لنفسه لانه يجوز ذلك لان المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمنا فاذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئا ، وان استوفى من المحيل،دون المحال عليه رجع المحيل على المحال عليه في أحد الوجهين لان الوكالة قد ثبتت بيمين المحتال وبقي في ذمة المحال عليه للمحيل(والثاني) لا يرجع عليه لانه يعترف انه قد بريء من حقه وانما المحيل ظلمه باخذ ما كان عليه ، قال القاضي والاول أصح وان كان قد أخذ الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه وجها واحداً لانه ان كان محقا فقد أتلف حقه وان كان مبطلا فقد أبطل مثل دينه فيثبت في ذمته فيتقاصان وان تلف بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضاً لان ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له ان يرجع علي المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع علي المحال عليه لانه يقر ببراءته

فان صدق المدعي في أنه احاله ثبتت الحوالة له لان رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن انكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وان نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه بالنكول واستوفي الحق منه ثم ان المحيل صدق المدعي فلا كلام وان انكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي ان المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كان المحيل ينكر ان له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وان كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر بأنه قد بريء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال احلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجها واحداً)

اذا اتفقا على انه قال احلتك بدينك ثم اختلفا فالقول قول مدعي الحوالة وجها واحدا لان الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لادين لك علي لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال احلتك ثم قال ليس لك علي دين وانما أردت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكلتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال انه حوالة بدينه وان دينه كان ثابتاً على المحيل فهل هو اعتراف بالدين أولا ؟ فيه وجهان سبق توجيههما

(فصل) وان كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وانكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه فان كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لاسقاط حق المحيل عليه، وان ادعى رجل ان فلانا الغائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فان اقام المدعي بينة ثبتت في حقه وحق الغائب لان البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال، وان لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل يلزمه اليمين؟ فيه وجهان بناء على مالو اعترف له هل يلزمه الدفع على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت به بينة (والثاني) لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى أني وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار فاذا حلف بريء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل، ثم ينظر في المحيل فان صدق المدعي في انه أحاله ثبتت الحوالة لان رضا المحال عليه لا يعتبر وان أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة فان نكل المحال عليه عن اليمين فقضي عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم ان المحيل صدق المدعي فلا كلام وان أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي ان المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل فان أنكر المحيل ان له عليه دينا فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه وان كان المحيل

في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد اخذ منه ايضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما اخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه او يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه، وان صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بها على المحيل من الدين على ماذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الاخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلا على أحدهما بعينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليهما جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضاً عند القاضي لانه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد وانما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على المليء، وقال بعض أصحاب الشافعي لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء فأشبه مالو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق

يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر أنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه أيضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما أخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه أو يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه، والحكم في الرجوع بها على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لان الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين على ما ذكرنا فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلا على أحدهما بعينه صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وان احال عليهما جميعاً ليستوفي منهما أومن أيهما شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد وأنما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على المليء، وقال بعض الشافعية لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء من أيهما شاء فأشبه مالو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا

بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا فيه ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاه احدهما الالف فقد قضى جميع الدين وثم اذا قضى احدهما بقي ما على الاخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير اشكال لانه لما كان له ان يستوفى الالف من واحد كان له ان يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

﴿مسئلة﴾ ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صح أنه أعطاه

الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقال القاضي هو مشتق من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع، اما الكتاب فقول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل : واما السنة فماروي عن النبي ﷺ انه

أحاله بألفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا ولأن الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذاقضاه أحدهما الالف فقدقضاه جميع الدين وثم إذا قضى احدهما بقي ما على الآخر ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنا عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير إشكال لانه لما كان له ان يستوفي الالف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقيل من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) والزعيم الكفيل قاله ابن عباس . واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الزعيم غارم» رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، واجمع المسلمون على الضمان في الجملة واختلفوا في فروع تذكر ان شاء الله تعالى، يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له .

﴿مسئلة﴾ (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت)

وجملة ذلك أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت

قال (الزعيم غارم) رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ، وروى البخاري عن سلمة ابن الاكوع ان النبي صلى الله عليه وسلم أتي برجل ليصلي عليه فقال « هل عليه دين ؟ » قالوا نعم ديناران » قال « هل ترك لهما وفاء » قالوا : لا ، فتأخر ، فقيل لم لا تصل عليه فقال « ماتنفعه صلاتي وذمته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه » فقام أبو قتادة فقال هما علي يارسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا فانه يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولابد من رضى الضامن فان أكره على الضمان لم يصح ولا يعتبر رضا المضمون عنه لا نعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ولا يعتبر رضى المضمون له ، وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لانه إثبات مال لآدمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء . وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روي عن علي رضي الله عنه : ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه .

(فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أو لا وليعرف المضمون له فيؤدي اليه

الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وحكي عن مالك في احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولانه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الاصل كالرهن

ولنا قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولان الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصل ولان الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن لانه مال من عليه الحق وليس بدين ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، وعن أحمد رواية أن الميت يبرأ بمجرد الضمان نص عليه في رواية يوسف بن موسى واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال « هل على صاحبكما من دين؟ » قالوا نعم درهمان فقال « صلوا على صاحبكم » فقال علي هما علي يارسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال « جزاك الله عن الاسلام خيراً أو فك رهانك كما فككت رهان أخيك » فقيل يارسول

وذكر وجهاً آخر انه تعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ، ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه ، ولنا حديث علي وأبي قتادة فانهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه ولانه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر

(فصل) وقد دلت مسئلة الخرقي على أحكام (منها) صحة ضمان المجهول لقوله ماأعطيته فهو علي، وهذا مجهول فمتى قال أنا ضامن لك مالك على فلان أو مايقضى به عليه أو ماتقوم به البينة أو مايقر به لك أو مايخرج في روزمانجك صح الضمان . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : لا يصح لانه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة ، واذا قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالعتق والطلاق (ومنها) صحة ضمان مالم يجب فان معنى قوله ما أعطيته أي ماتعطيه في المستقبل بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المسئلتين سواء أو إحداهما داخلة في الاخرى.

الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة ؟ فقال « بل للناس عامة » رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه بريء بالضامن ولذلك صلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فاتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال « أعليه دين؟ » قلنا ديناران فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك « ما فعل الديناران ؟ » قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الآن بردت جلدته » وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله « وبريء الميت منهما ؟» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالمحال به لان الدين الواحد لا يحل في محلين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وقوله في خبر أبي قتادة « الآن بردت جلدته » حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة ، فأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلانه بالضمان صار له وفاء وانما كان عليه الصلاة والسلام يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لعلي « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكه من ذلك أو ما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما؟» أي صرت أنت المطالب بهما وهذا على وجه التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عنه بدليل قوله حين أخبره بالقضاء « الآن بردت عليه جلده » وفارق الضمان الحوالة

والخلاف في هذه المسألة ودليل القولين كالتي قبلها إلا أنهم قالوا الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً قلنا قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه مايلزمه وان ماثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته ، وهذا كاف . وقد سلموا ضمان مايلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

ومنها أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له مطالبته ، ولا نعلم في هذا خلافاً وهو فائدة الضمان . وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم «والزعيم غارم» واشتقاق اللفظ (ومنها) صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً لعموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ماخلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه .

ولنا حديث أبي قتادة وعلي فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء والنبي صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح في المسألة ولانه دين ثابت

فان الضمان مشتق من الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما والحوالة من التحول فيقتضي تحول الحق عن محله إلى ذمة المحال عليه وقولهم إن الدين الواحد لايحل محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن كذلك هذا

﴿مسألة﴾ (فان برئت ذمة المضمون عنه برىء الضامن)

متى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا لانه بيع ولانه وثيقة فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن

﴿مسألة﴾ (وان برىء الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه لانه أصل فلا يبرأ بابراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصل كالرهن اذ انفسخ من غير استيفاء وأيهما قضى الحق برئا جميعا من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذى به رهن ، وان أحال أحدهما الغريم برئا جميعاً لان الحوالة كالقضاء

(فصل) ويجوز ان يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان او اكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزأ منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل واحد منهم بأداء أحدهم وان أبرأ المضمون عنه برىء الجميع لانهم فروع له وان أبرأ أحد الضامنين برىء وحده لانهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه وان ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لان الحق ثبت في ذمته بضمانه الاصلي فلا يجوز أن يثبت ثانيا ولانه أصل فيه بالضمان فلا يجوز ان يصير فيه فرعاً، ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد

فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن . وفي هـذا انفصال عما ذكروه (ومنها) صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية الواجبـة أو التي تؤول إلى الوجوب كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده لان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيـار يجوز ان يسقط برد بعيب أو مقايلة وبهذا كله قال الشافعي

(فصل) فيما يصح ضمانه، يصح ضمان الجعـل في الجعالة وفي المسابقة والمناضـلة ، وقال أصحاب الشافعي في احد الوجهين لا يصح ضمانه لانه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كمال الكتابة

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) ولانه يؤول إلى اللزوم اذا عمل العمل وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيوانا كالديات وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيهـا لانه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولان الابل الواجبة في الذمة معلومة الاسنان والعدد وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر لانه انما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة وكذلك غيرها من الحيوان ولان جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام

من الكفيلين صاحبه لان الكفالة ببدنه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به برىء وبرىء صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك وان كفل المكفول به الكفيل لم يجز لانه أصل له في الكفالة فلم يجز أن يصير فرعا فيما كفل به وان كفل به في غيره جاز .

(مسئلة) (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمراً فأسلم المضمون له او المضمون عنه برىء هو والضامن معاً)

لانه برىء من الخمر الذي ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم واذا برىء المضمون عنه برىء الضامن لانه فرعه ، وان أسـلم المضمون له برىء أيضاً لانه ليس للمسلم المطالبـة بثمن الخمر لكونه لا قيمة له في الاسـلام فان أسلم وحده برىء ولم يبرأ المضمون عنـه لانه أصل فلم يبرأ ببراءة فرعه كما لو ابرأه المضمون له

(مسئلة) (ولا يصح الا من جائز التصرف)

لا يصح الضمان الا ممن يصح تصرفه في ماله رجلا كان أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع .

(مسئلة) (ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده وعنه يصح ويتبع به بعـد العتق وان ضمن باذن سـيده صح وهل يتعلق برقبته او ذمة سيده ؟ على روايتين)

ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها الى اللزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب وقال القاضي اذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه الا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها . ولنا أنه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها بدليل الجعل في الجعالة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار فأما النفقة في الماضي فان كانت واجبة اما بحكم الحاكم بها أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والافلا ، ويصح ضمان مال السلم في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم اليه فلم يجز كالحوالة به والاول أصح لانه دين لازم فصح ضمانه كالاجرة وثمن المبيع ، ولا يصح ضمان مال الكتابة في احدى الروايتين وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه ، والاولى أصح لانه ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم فان للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع عن أدائه فاذا لم يلزم الاصيل فالضمين أولى، ويصح ضمان الاعيان المضمونة كالمغصوب والعارية وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة وانما يضمن ما ثبت في الذمة ، ووصفنا لها بالضمان انما معناه انه يلزمه قيمتها ان تلفت والقيمة مجهولة ، ولنا انها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم ان الاعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة انما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرسم ولا صبي غير مميز بغير خلاف لانه ايجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والاقرار ، ولا يصح من السفيه المحجور عليه وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه كذلك ضمانه والاول أولى لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء وأما الاقرار فلنا فيه منع وان سلم فالفرق بينهما أن الاقرار اخبار بحق سابق وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه وهو قول الشافعي وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة اقراره وتصرفه باذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح كالتبرع والنذر بخلاف البيع، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغي وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فأشبه ما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر انهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وههنا اختلفا في اهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية ظاهر يستند اليه فلم ترجح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال

تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فان ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه ان ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً ،فأما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها الى القصار والخياط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لانها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه وان ضمنها ان تعدى فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله يدل على صحة الضمان فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال له هو ضامن لما دفعه اليه يعني اذا تعدى او تلف بفعله ، فعلى هذا ان تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه كالغصوب والعواري وهـذا في الحقيقة ضمان مالم يجب وقد بينا جوازه،ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع،فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبـل تسليمه وان ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن،وضمانه عن البائع للمشتري هو ان يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقا أو رد بعيب أو ارش العيب،فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن او جزء منه عن احدهما للآخر وحقيقة العهدة الـكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه،وممن اجاز ضمان العهدة في الجملة ابو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله،ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان ، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق واما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي إلى ان يبقى ابداً مرهونا فلم يبق إلا الضمان ولانه لا يضمن إلا ما كان واجبا حال العقـد لانه انما يتعلق بالضمان حكم اذا خرج مستحقا او معيبا حالا العقـد

جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه ، وأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فهو كتصرف الراهن فيما عدا الرهن ،فأما العبدفلا يصح ضمانه بغير اذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أولا ، وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وابو حنيفة ، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد كالاقرار بالاتلاف

ولنا أنه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير اذن السيد كالنكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وإلا لم يجز فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته لانه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كارش جنايته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد.وقد ذكر شيخنا هنا روايتين وكذلك ذكره أبو الخطاب كاستدانته باذن سيده وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى،فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من

ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجهالة منتفية لانه ضمن الجملة فاذاخرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه . اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبعده وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا ينبني على ضمان ما لم يجب اذاكان مفضيا الى الوجوب كالجعالة . وألفاظ ضمان العهدة أن يقول ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمنت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمنت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال ضمنت عهدته أوضمنت لك العهدة، والعهدة في الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الابتياع هكذا فسره به اهل اللغة فلايصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والكلام المطلق يحمل على الاسماء العرفية دون اللغوية كالراوية تحمل عند اطلاقها على المزادة لا على الجمل وان كان هو الموضوع فاما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه إذا خرج حراً أو مستحقا لا يستطيع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص اذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص وهل يصح في العهدة على وجهين بناء على تفريق الصفقة . اذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول إن استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو اما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له ، فاما الحادث فمثل تلف المبيع من المكيل والموزون في يد البائع او بغصب من يده او يتقايلان فان المشترى يرجع على البائع دون الضامن لان هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد وانما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ويحتمل ان يرجع به على الضامن لان ضمان مالم يجب جائز وهذا منه . وأما ان كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كاخذه بالشفعة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الاولى واما ان زال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قدم فله الرجوع الى الضامن وهذا ضمان

المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد كتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح

(فصل) ولا يصح ضمان المكاتب بغير اذن سيده كالقن لانه تبرع بالتزام مال أشبه نذر الصدقة بمال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقولنا في العبد وإن ضمن باذنه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تفويت الحرية (والثاني) يصح لان الحق لهما لا يخرج عنهما فأما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً أشبه الهبة، واذا فهمت اشارة الاخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه أشبه الباطن، ولا يثبت الضمان بكتابته

العهدة فان أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا لانه اذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه اذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقا أو بعضه لانه اذا ظهر بعضه مستحقا بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الاخرى يبطل العقد في الجميع ولكن استحق ردها فان ردها كلها فالحكم كذلك وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرش كما لو وجد بها عيباً، ولو باعه عيناً أو أقرضه شيئاً بشرط ان يرهن عنده عينها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم الراهن اقباضه وتسليمه فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصيل وان ضمن للمشتري قيمة ماحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ماتلف أو نقص وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب وقد بينا جواز ذلك

(فصل) فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلا أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع ، ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالنذر والاقرار ولا يصح من السفيه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من اصلنا أن اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح فكذلك ضمانه والاول أولى لانه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الاقرار لانه اخبار بحق سابق، وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته باذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالتبرع والنذر بخلاف البيع وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغي وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول احمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فكان القول قوله كما لو اختلفا في شرط فاسد ويحتمل ان القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ

منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثا أو تجربة فلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح ضمانه لانه لا يدري بضمانه وكذلك سائر تصرفاته

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لهما)

لا يصح الضمان الا برضى الضامن فان أكره عليه لم يصح لانه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر ولا يعتبر رضا المضمون له وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لانه اثبات مال لآدمي فلم يثبت الا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين

ولنا ان أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم

وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفا صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وههنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية ظاهر يستند اليه ولا أصل يرجع اليه فلا ترجح دعواه ،والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه، فاما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبه الراهن فصح تصرفه فيما عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته ،ولا يصح ضمان العبد بغير اذن سيده سواء كان مأذونا له في التجارة أو غير مأذون له وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالاقرار بالاتلاف ، ووجه الاول انه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير اذن كالنكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وان كان من غير ذلك لم يجز ،فان ضمن باذن سيده صح لانه لو أذن له في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد وقال أبو الخطاب هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستدانته باذن سيده وقد سبق الكلام فيها، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقاً بالمال الذي في يد العبد كتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح ، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده كالعبد القن لانه تبرع بالتزام مال فأشبه نذر الصدقة بغير مال ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقولنا في العبد، وإن ضمن باذنه ففيه (وجهان) أحدهما لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تفويت الحرية (والثاني) لا يصح لان الحق لهما لا يخرج عنهما ،فاما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه يحسب

ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه ،ولا يعتبر رضى المضمون عنه لا نعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك اذا ضمن عنه وقد دل عليه حديث أبي قتادة، ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أولا وليعرف المضمون له فيؤدي اليه وذكر وجهاً آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذا

ولنا حديث علي وأبي قتادة فانهما ضمنا لمن لم يعرفا وعمن لم يعرفا ولانه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر

من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبه الهبة،واذا فهمت اشارة الأخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثاً أو تجربة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح منه الضمان لانه لايدري بضمانه ولانه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه

(فصل) اذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن علك مطالبة المضمون عنه دون الضامن وبهذا قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن ماعلى فلان أن يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن،ووجه ذلك ماروى ابن عباس أن رجلا لزم غريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ماعندي شيء أعطيكه فقال والله لاأفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل فجره الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « كم تستنظره ؟ » قال: شهراً قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا أحمل فجاء في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين أصبت هذا ؟ » قال من معدن « قال لاخير فيها » وقضاها عنه رواه ابن ماجه في سننه ولانه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلا كالبيع،فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته اذا كان بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالا ويجوز أن يخالف مافي ذمة الضامن مافي ذمة المضمون عنه بدليل مالو مات المضمون عنه والدين مؤجل اذا ثبت هذا وكان الدين مؤجلا الى شهر فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهرين فان قضاه قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول انه اذا قضى دينه بغير اذن رجع به لان أكثر مافيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لايرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك وان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصر حالا ولا يلزمه اداؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ولأن

« مسئلة » (ولا يعتبر كون الحق معلوماً ولا واجباً اذا كان مآله الى الوجوب فلو قال ضمنت لك ماعلى فلان أو ما تداينه به صح)

يصح ضمان المجهول فمتى قال أنا ضامن لك ماعلى فلان أو ماتقوم به البينة أو مايقر به لك أو مايخرج في روزمانجك صح الضمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر لايصح لانه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لان حمل البعير يختلف باختلافه وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بغرر وخطر وهو ضمان العهدة،واذا قال الق متاعك

المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبأن لايلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلتزم مالا يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاه حالا لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله ، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها أن الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض مايجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا التزم مالم يجب على المضمون فأشبه مالو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً لاحداهما على الاخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى

(فصل) واذا ضمن دينا مؤجلا عن إنسان فمات أحدهما اما الضامن واما المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما ؟ على روايتين تقدم ذكرهما فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص بموت غيره فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاه قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بغير اذن من هو عليه ، وأن كان الميت الضامن فاستوفى الغريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته به قبل أجله وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته، ولنا أنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو يمت وقوله أدخله فيه قلنا انما ادخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن)

يعني ان المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة

في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح في المجهول كالعتق والطلاق

(فصل) ويصح ضمان ما لم يجب فلو قال ما أعطيت فلانا فهو علي صح ، والخلاف في هذه المسئلة كالتي قبلها ودليل القولين ماذكرنا ، وقد قال في هذه المسألة الضمان ضم ذمة الى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنا قلنا : قد ضم ذمته الى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما يثبت مضمونه يثبت في ذمته وهذا كاف وقد سلموا ضمان مايلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله الق متاعك في البحر وعلي ضمانه وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان دين الضامن)

نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون ويثبت

وبعد الموت وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد واصحاب الرأي، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا نعم درهمان فقال «صلوا على صاحبكم» فقال علي هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال «جزاك الله خيرا عن الاسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» فقيل يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة؟ فقال «للناس عامة» رواه الدار قطني فدل على ان المضمون عنه بريء بالضمان، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران» قال انما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلدته» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الميت منهما» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالمحال به وذلك لان الدين الواحد لا يحل في محلين. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلدته» حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلانه بالضمان صار له وفاء وانما كان النبي صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء، وأما قوله «لعلي فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكه من ذلك او مما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما» صرت أنت المطالب بهما وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء «الآن بردت

الحق في ذمم الثلاثة أيهم قضاه برئت ذممهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة سقط فلم يجب مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه بريء الضامنان لأنهما فرع وان أبريء الضامن الاول بريء الضامنان لذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم وان ابريء الضامن الثاني بريء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا رجوع فيها لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم والكفالة كالضمان في هذا المعنى.

(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لأن الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانيا ولانه اصل في الدين فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه فان ضمن عنه دينا آخر أو تكفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرنا

(مسئلة) (ويصح ضمان دين الميت المفلس وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين)

عليه جلدته» ويفارق الضمان الحوالة فان الضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله الى ذمة المحال عليه ، وقولهم ان الدين الواحد لا يحل في محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن وقال أبو بكر عبد العزيز أما الحي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة واما الميت ففي براءته بمجرد الضمان روايتان (احداهما) يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين ولان فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحي فان المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وثبوته في الذمتين آكد في الاستيثاق بالحق (والثانية) لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه ولانه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحي

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وحكي عن مالك في احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه لانه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا عند تعذر استيفائه من الاصل كالرهن

ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالاصيل ولان الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق وليس بذي ذمة يطالب انما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا لانه تبع ولانه وثيقة فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لانه اصل فلا يبرأ بابراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصيل كالرهن اذ انفسخ من غير استيفائه وأيهما قضى الحق برئا جميعا من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن، وان أحال الغريم برئا جميعاً لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي دين الرهن، وان أحال أحدهما الغريم برئا جميعا لان الحوالة كالقضاء

(فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئا أو مفلساً وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت الا ان يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا يعمر بعده فلم يبق فيه دين والضمان ضم ذمة الى ذمة .

ولنا حديث أبي قتادة فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء وقد حضهم النبي صلى الله عليه وسلم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « الا قام أحدكم فضمنه » وهذا صريح في المسألة ولانه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء . ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه. ولو ضمنه حيا ثم مات لم يبرأ منه الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكروه . اذا ثبت صحة ضمان دين الميت فان ذمته لا تبرأ من الدين قبل القضاء في احدى

ويثبت الحق في ذمم ثلاثة أيهم قضاه برئت ذممهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى ،وان أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لانهما فرع ، وان أبرأ الضامن الاول برىء الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وان ابرأ الضامن الثاني بريء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا يرجع فيها بحال لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم . والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه وتزيد بانه اذا مات المكفول عنه برىء كفيلاه وان مات الكفيل الاول برىء الثاني دون المكفول عنه لان الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبه الرهن وان مات الكفيل الثاني برىء وحده

(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لان الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانيا ولانه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرعا فيه ،وان ضمن عنه دينا آخر أو كفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه

الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتي يقضى عنه » ولان النبي صلى الله عليه وسلم سأل أبا قتادة عن الدينارين الذين ضمنهما فقال قد قضيتهما فقال« الآن بردت جلدته» رواه الامام أحمد ولانه وثيقة بدين فلم يسقط قبل القضاء كالرهن وكالشهادة والثانية يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة «وبريء الميت منهما » قال نعم وقد ذكرناذلك

(فصل) ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة والتي تؤول الى الوجوب كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده والاجرة والمهر قبل الدخول وبعده ولان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالرد بالعيب وبالمقايلة وهذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع) فضمانه على المشتري هو ان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ، وان ظهر فيه عيب او استحق رجع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقا أو رد بعيب أو أرش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والعهدة الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، وممن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض أصحابه لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد ثبت جواز الضمان في ذلك كله ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع ، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي الى أن يبقى أبدا مرهونا فلم يبق الا الضمان ولانه لا يضمن الا ما كان واجبا حال العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه، اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع المشتري قبل قبض الثمن

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءا منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه بريء كل واحد منهم باداء أحدهم، وان أبرأ المضمون عنه بريء الجميع لانهم فروع له ، وان أبريء أحد الضمان بريء وحده ولم يبرأ غيره لانهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه ، وان ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لان الحق ثبت في ذمته بضمانه الاصلي فلا يجوز أن يثبت ثانيا ولانه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعا، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه لان الكفالة ببدنه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به بريء وبريء صاحبه من الكفالة لانه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لانه أصل في ذلك، وان كفل المكفول الكفيل لم يجز لانه أصل له في الكفالة لم يجز أن يصير فرعا له فيما كفل به وان كفل به في غير هذا الحق جاز لانه ليس بفرع له في ذلك

وبعده . وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقا لم يجب على البائع شيء وهذا ينبني على ضمان ما لم يجب اذا كان مفضيا الى الوجوب كالجعالة وسنذكرها، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمنت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمنت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه اذا قال ضمنت عهدته أو ضمنت لك العهدة لم يصح لان العهدة الصك بالابتياع كذا فسره أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والمطلق يحمل على الاسماء العرفية كالراوية تحمل عند اطلاقها على المزادة لا على الجمل وان كان الموضوع لغة . فأما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه اذا خرج حراً أو مستحقاً لم يستطع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص، وتنبني صحته في العهدة على تفريق الصفقة . إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول استحقاق رجوع المشتري بالثمن إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له فأما الحادث فمثل تلف المكيل والموزون في يد البائع أو بغصب من يده أو يتقايلان فان المشتري يرجع على البائع دون الضامن لان هذا لم يكن موجوداً حال العقد وانما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لان ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه ، وأما إن كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفعة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الاولى . فأما ان كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أورد بعيب قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة ، وان أراد اخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا لانه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه وسواء ظهر

﴿مسألة﴾ قال (فمتى أدى رجع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل)

يعني إذا أدى الدين محتسبا بالرجوع على المضمون عنه فأما ان قضى الدين متبرعا به غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشيء لانه يتطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما اذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو اطلق وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه . وان قال انقد هذا لم يرجع الا أن يكون مخالطا له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع عليه ، واذا كان مخالطا له رجع استحسانا لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه

كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه إذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الاخرى يبطل في البعض المستحق وله رد الجميع فان ردها فهو كما لو استحقت كلها وان أمسك بعضها فله المطالبة بالارش كما لو وجدها معيبة، ولو باعه عيناً أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عيناً عينها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم البائع فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصل ، وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس فاستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه

﴿مسألة﴾ (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)

وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر ديونه والأولى أصح لانه ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم لان للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع من الاداء فاذا لم يلزم الاصل فالضامن أولى

﴿مسألة﴾ (ولا يصح ضمان الامانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التعدي فيها)

أما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الخياط والقصار فان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح لانها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه وان ضمن التعدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال هو ضامن لما دفعه اليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا ان تلف بغير فعله ولا تفريط منه فلا شيء على الضامن وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانه ولزم ضامنه أيضاً لانها مضمونة على من هي في يده فهي كالغصوب والعواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد ذكرناه

ولنا أنه ضمن ودفع بأمره فأشبه اذا كان مخالطا له أو قال اضمن عني ،وما ذكراه ليس بصحيح لانه اذا أمره بالضمان لايكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف الى ماضمنه بدليل المخالط له فيجب عليه أداء ماأدى عنه كما لو صرح به .

(الحال الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضا وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع به لانه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه ان تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع والا فلا لانه تبرع بالدفع

ولنا أنه اذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الاداء لان الضمان يوجب عليه الاداء فرجع عليه كما لوأذن في الاداء صريحا (الحال الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضاوظاهر

﴿مسئلة﴾ (فأما الاعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها)

وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة فانما يضمن مايثبت في الذمة ووصفنا لها بالضمان انما معناه أنه يلزم قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة

ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة، قولهم ان الاعيان لاتثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فانه يصح وهي في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو استحق .

(فصل) ويصح ضمان الجعل في الجعالة وفي المسابقة والمناضلة وقال أصحاب الشافعي لايصح ضمانه في أحد الوجهين لانه لايؤول الى اللزوم أشبه مال الكتابة

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولانه يؤول الى اللزوم اذا عمل العمل وانما الذي لايلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كان نقوداً كقيم المتلفات أو حيوانا كالديات وقال اصحاب الشافعي لايصح ضمان الحيوان الواجب فيها لانه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولان الابل الواجبة في الدية معلومة الاسنان والعدد وجهالة اللون وغيره من الصفات الباقية لاتضر لانه انما يلزمه أدنى لون وصفة فيحصل معلومه وكذلك غيرها من الحيوان ولان جهل ذلك لايمنع وجوبه باتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها الى اللزوم ويلزمه مايلزم الزوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار ، وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها .

ولنا أنه يصح ضمان الجعالة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار . فأما النفقة في الماضي

مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره وقولهم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا الواجب بضمانه انما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر فتي أداه عنه باذنه لزمه اعطاؤه بدله (الحال الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (احداهما) يرجع بما أدى وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي ﷺ ولانه تبرع بذلك أشبه مالو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبرىء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه فأما علي وأبو قتادة فانهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بانه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء وانما الخلاف في المحتسب بالرجوع

فان كانت واجبة بحكم حاكم أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا وفي صحة ضمان السلم اختلاف نذكره في بابه .

(مسئلة) (وان قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء لانه تطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن باذنه أو بغير إذنه

(مسئلة) (وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير اذن المضمون عنه فهل يرجع؟ على روايتين وإن أذن له في أحدهما فله الرجوع بأقل الامرين مما قضى أوقدر الدين)

وجملة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بنية الرجوع لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يضمن باذن المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال اضمن عني وأد عني أو أطلق، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال ابو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه وان قال انقد هذا لم يرجع الا ان يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق واذا أطلق صار كانه قال هب لهذا أو تطوع واذا كان مخالطاً له رجع استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه.

ولنا انه ضمن ودفع بامره فأشبه ما لو كان مخالطاً له أو قال اضمن عني وما ذكراه ليس بصحيح لانه اذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف الى ما ضمنه بدليل المخالطة له فيجب عليه أداء ما ادى عنه كما لو صرح به

(الثاني) ضمن بامره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع لانه دفع بغير أمره أشبه مالو تبرع، الوجه الثالث أنه ان تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ماعليه رجع وإلا فلا لانه تبرع بالدفع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بادائه وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فان احاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ويرجع بالاقل مما أحال به او قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه او أبرأه او تعذر عليه الاستيفاء لفلس او مطل لان نفس الحوالة كالاقباض

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ماعليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم

ولنا أنه اذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الاداء لان الضمان يوجب عليه الاداء فرجع عليه كما لو أذن في الاداء صريحا (الثالث) ضمن بغير امره وقضى بامره فله الرجوع أيضا وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بامره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أوكما لو ضمن بامره، قولهم ان إذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا والواجب بضمانه انما هو اداء دينه وليس هو شيئاً آخر فتى أداه عنه باذنه لزمه إعطاؤه بدله (الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (احداهما) يرجع وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانهما لوكانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم لانه تبرع بذلك أشبه مالو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضى عنه عند امتناعه ، فاما علي وأبو قتادة فانهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمهما انه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء وانما الخلاف في المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه باقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع به وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فان دفع عن الدين عرضاً رجع باقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكرنا

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل واحد منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضمن آخر عن احدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع وله الرجوع على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في احدى الروايتين لانه لم يقض عنه ولا اذن له في القضاء

يكن له ان يرجع على الآخر بشيء في احدى الروايتين لانه لم يضمن عنه ولا اذن له في القضاء فاذا رجع على الذي ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه . والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فلك الرجوع بها عليه كالاصل

(فصل) اذا ضمن عن رجل باذنه فطولب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه وفيه وجه آخر ان له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبته بفكاكه وتفريغه من الرهن والاول اولى ، ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده

فاذا رجع على الذي ضمن رجع على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه ، والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من أداها عنه فلك الرجوع بها كالأصل

(فصل) واذا ضمن عن رجل بامره فطولب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الأداء عنه بامره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه وجه آخر أن له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان لسيده مطالبته بفكاكه وتفريغه من الرهن والاول أولى . ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه فاما ان ضمن عنه بغير اذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحال لانه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي ، وقيل ان هذا ينبني على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بامره على مامضى تفصيله

(فصل) وان ضمن الضامن آخر فقضى أحدهما الدين برىء الجميع فان قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاه الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن الثاني وان قضاه الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه فان لم يكن اذن له ففي الرجوع روايتان ، وان أذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو أذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من أذن له ولم يرجع على الآخر على احدي الروايتين فان أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه انما يرجع على من أذن له دون غيره

المستعار فلك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه ، فأما ان ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لاحق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي،وقيل ان هذا ينبني على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله

(فصل) فان ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برئوا جميعا فان قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاه الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وان قضاه الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لضامنه ، فان لم يكن اذن له ففي الرجوع روايتان ، وان اذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه او اذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من اذن له ولم يرجع الآخر على احدى الروايتين، فان اذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فابرأ الغريم أحدهما من الالف برىء منه وبرىء صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة وان قضاه أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بينة عن الاصل أو الضمان انصرف اليه وان أطلق احتمل ان له صرفها الى ماشاء منهما كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منهما واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة مافي ذمته فيكون بينهما،والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الابراء لفظ المبرىء ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى الفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فان قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب بشيء لانه بانكاره معترف انه لا حق له عليه وانما المدعي ظلمه وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله الاستيفاء منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فجاز له أخذه ، وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبريء فاذا قدم الغائب فان أنكر وحلف بريء فان اعترف لزمه دفع الالف وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لانها سقطت عن المضمون عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه مقر بها وغريمه يدعيها واليمين انما اسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته بدليل أنه لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(مسئلة) (وان أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه)

المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه إنما يرجع على من اذن له دون غيره

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الالف برئ منه وبرئ صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة ، وان قضاه أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بنية عن الاصل والضمان انصرف اليه وان أطلق احتمل أن له صرفها الى ما شاء منهما كمن اخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ما شاء منهما واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الابراء لفظ المبرئ ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فاذا قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب بشيء لانه بانكاره معترف أنه لا حق له عليه وانما المدعي ظلمه ، وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله أن يستوفي منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فكان له أخذه منه وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبرئ ، فاذا قدم الغائب فأنكر أيضا وحلف برئ وان اعترف لزمه دفع الالف

اذا ادعى الضامن انه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة الضامن والاصيل فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه ؟ ينظر فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن في قضاء مبرئ ولم يوجد ، وان قضاه ببينة ثبت بها الحق لكن ان كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر وما فرط وان قضاه ببينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كعدمها ، وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن اشهد عبدين أو شاهداً واحداً فردت لذلك أو كان ميتاً أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى ببينة شرعية والجرح والتعديل ليس له واحتمل ان لا يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان أحدهما يرجع وهو مذهب الشافعي لانه اذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لانه قضى قضاء غير مبرئ فأشبه مالو قضى في غيبته

(فصل) فان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانياً لانه أبرأ به ذمته ظاهراً قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بالقضاء الاول دون الثاني لان البراءة

وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لأنها سقطت عن المضمون عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها واليمين انما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر وله مطالبة من شاء منهما فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن عما قضاه عنه ؟ نظرنا فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن له في قضاء مبريء ولم يوجد وان قضاه ببينة ثبت بها الحق لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر ولا فرط ، وان قضاه ببينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كعدمها وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبدين أو شاهدا واحدا فردت لذلك أو كان ميتا أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى ببينة شرعية والجرح والتعديل ليس اليه، واحتمل أن لا

حصلت به في الباطن، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أنه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهراً والثاني ما أبرأه باطناً

ولنا ان الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به بينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبرىء في الظاهر .

﴿مسألة﴾ (وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)

لان ما في ذمته حق للمضمون له . فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقراراً في حق نفسه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا تقبل والأول أصح وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث .

﴿مسألة﴾ (وان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل)

لانه لايجب له أكثر مما كان للغريم ولانه تبرع بالتعجيل، وان أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ورجع بالاقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو ابرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطل لان الحوالة كالاقباض

يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان (أحدهما) يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه اذا كان حاضرا كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ وهو حاضر فهو المفرط دون الضامن (والثاني) لا يرجع لانه قضى قضاء لا يبريء فأشبه مالو قضى في غيبته ، فأما ان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانيا لانه أبرأ به ذمته ظاهرا ، قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بما قضاه أولا دون الثاني لان البراءة حصلت به في الباطن ، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ووجه ثالث انه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهرا والثاني ما أبرأه باطنا

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطنا فرجع به كما لو قامت به البينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبريء في الظاهر ، وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يلتفت الى انكاره لان ما في ذمته حق للمضمون له فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بان الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه ويحتمل أن لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل، والصحيح الاول وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل على بصيرة انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو

﴿مسئلة﴾ (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين؟ على روايتين وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر)

وجملة ذلك أنه اذا ضمن ديناً مؤجلا فمات أحدهما . إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين يأتي ذكرهما . فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص بموت غيره . فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاه قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بغير اذن من هو عليه . وان كان الميت الضامن فاستوفى الغريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته قبل أجله وهذا مذهب الشافعي وحكى زفر ان لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته

ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو لم يمت، وقولهم ادخله فيه قلنا انما ادخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان الحال مؤجلا وان ضمن المؤجل حالا لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين)

حنيفة والشافعي ولا نعلم عن أحد خلافهم فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي ان الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط ان لا يؤدي ما على المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد منهم ضامن ثلثه فان قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما، وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالالف كله ان شاء، وان ادى احدهم الالف كله او حصته لم يرجع الا على المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن اصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كفل بنفس لزمه ما عليها ان لم يسلمها)

وجملة ذلك ان الكفالة بالنفس صحيحه في قول اكثر اهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولا واحدا وانما أراد أنها ضعيفة في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع والاثر، ومنهم

إذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشافعي قال أحمد في رجل ضمن ماعلى فلان أنه يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ماروى ابن عباس أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيكه فقال والله لا أفارقك حتى تعطيني أو تأتيني بحميل فجره الى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «كم تستنظره؟» فقال شهراً فقال رسول الله ﷺ «فأنا أحمل» فجاءه به في الوقت الذي قال النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «من اين أصبت هذا؟» قال من معدن قال «لاخير فيها» وقضاها عنه رواه ابن ماجه ولانه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلا كالبيع، فان قيل فعندكم الدين الحال لايتأجل فكيف تأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالا ويجوز ان يخالف ما في ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل. اذا ثبت هذا فكان الدين حالا فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهر فان قضاه قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية

من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لانها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين

ولنا قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به الا أن يحاط بكم) ولان ماوجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال، اذا ثبت هذا فانه متى تعذر على الكفيل احضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يغرم

ولنا عموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانها أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال

(فصل) واذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه كان كفيلا به وان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه صحت الكفالة لانه لايمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ففيه وجهان (أحدهما) تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه اذا أضيف الى البعض كالطلاق والعتاق (والثاني) لا يصح لانه يمكن احضاره بدون الجملة مع بقائها وقال القاضي لا تصح الكفالة ببعض البدن ولا تصح الا في جميعه لان مالا يسري لا يصح اذا خص به عضو كالبيع والاجارة

(فصل) وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلوما أو مجهولا وقال بعض أصحاب الشافعية لا تصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله. ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا

التي تقول إنه اذا قضى دينه بغير إذنه رجع به لان مافيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك

(فصل) فان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصر حالا ولم يلزمه أداؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه ولان المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبأن لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلتزم ما يلزم المضمون عنه، فعلى هذا ان قضاه حالا لم يرجع به قبل أجله لان ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها ان الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا التزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وفيه وجه آخر انه يصح ضمان المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياسا عليه وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف مافيه الحظ والضمين والكفيل

لا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولأنا قد بينا ان ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانهما قد يجب احضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنهما، وتصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا تصح .ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بامر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو ان يعلم خبره فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل

(فصل) ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة او لآدمي كحد القذف والقصاص وهذا قول أكثر أهل العلم منهم شريح والحسن وبه قال اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى،واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حدود الآدمي ولا لعان وقال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لانه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين . ولنا ماروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال «لا كفالة في حد» ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناها على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

دخلا على انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا ،فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدى عن المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع ، ولو أقر انه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل الفاضمان اشتراك فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه ، فان قال واحد منهم انا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالالف ان شاء وان أدى أحدهم الالف كله أو حصته منه لم يرجع الاعلى المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة كما يصح الضمان حالا ومؤجلا ، واذا أطلق كانت حالة لان كل عقد يدخله الحلول اقتضى اطلاقه الحلول كالثمن والضمان ، فاذا تكفل حالا كان له مطالبته باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المعقود عليه كالاجارة ، فان امتنع من تسلمه بريء لانه احضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالمسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه فعل ما وقع العقد على فعله فبريء منه وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه ، فان لم يجد حاكما اشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره

وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل،فاذا حل الاجل فاحضره وسلمه بريء وان كان غائباً أو مرتداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي اليه واعادته،وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لان الحق قد توجه عليه.ولنا أن الحق يعتبر في وجوب ادائه امكان التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره أو كانت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الكفالة التزام احضار المكفول به)

وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر اهل العلم منهم شريح ومالك والثوري والليث وأبو حنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه فنهم من قال هي صحيحة قولا واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالاجماع والاثر ومنهم من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لانها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين

ولنا قوله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتنني به الا ان يحاط بكم)ولان ماوجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال

(مسئلة) (وتصح ببدن من عليه دين وبالاعيان المضمونة)

تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان معلوما أو كان مجهولا ، وقال بعض الشافعية لا يصح ممن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله

ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولانا قد

الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى وان احضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه وان كان فيه ضرر مثل ان تكون حجة الغرم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في احضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل باحضاره فيه والا بريء كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا. ولنا أنه سلم ماشرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو احضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ولانه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغيبة شهوده أو غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه ، ويفارق ما اذا أحضره قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فاذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله وان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به

بينا ان الضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء اولى ، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانه قد يجب احضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنهما ويصح ببدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا يصح

ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم وامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو أن يعلم خبره وان لم يعلم خبره لزمه عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها ولا يفعل وتصح بالاعيان المضمونة كالغصوب والعواري لانه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها

(مسئلة) (ولا يصح ببدن من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة أو لآدمي كحد القذف والقصاص)

وهو قول العلماء منهم شريح والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حد ولا لعان وقال

محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوساً لان ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لان حبس الحاكم لايمنعه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يرده الى الحبس وان توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الاول أوحق المكفول له

(فصل) وان كفل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله الى الحصاد والجزاز والعطاء خرج على الوجهين كالاجل في البيع والاولى صحتها هنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلا لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفل رجلا آخر فقال : ان جئت به في وقت كذا والا فما عليه علي فقال لا أدري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه . فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتا متسعا أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه فأما ان قال وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح وان قال الى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ماذكرنا في السلم

(فصل) واذا تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو

في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لانه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال «لا كفالة في حد» ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ، ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناها على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لايجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من اجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح بغير معين كأحد هذين) لانه غير معلوم في الحال ولا في المآل فلا يمكن تسليمه

﴿مسئلة﴾ (وان كفل بجزء شائع من انسان أو عضو أو كفل بانسان على أنه ان جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ماعليه صح في أحد الوجهين)

أما اذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه كان كفيلا به فان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله ، وقال القاضي تصح الكفالة ببعض البدن لان مالا يسري اذا حضر به عضو لم يصح كالبيع والاجارة ، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كاليد والرجل ففيه وجهان : (أحدهما) تصح الكفالة اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لايمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة

يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه، وأما ان قال ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل ببدن فلان أو فأنا ضامن لك ما لك على فلان أو قال اذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لان ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر وهبوب الريح ولانه اثبات حق لآدمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب تصح وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس، فان قال كفلت بفلان ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بفلان أو ضامن المال الذي على فلان لم يصح فيهما عند

فيثبت حكمه إذا أضيف الى البعض كالطلاق والعتاق (والثاني) لا يصح لان تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها.

(فصل) اذا تكفل بانسان على أنه ان جاء به والا فهو كفيل بآخر أوضامن ماعليه لم يصح عند القاضي فيهما لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط، وقال أبو الخطاب : يصح فيهما لانه ضمان أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان العهدة، فان قال ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل ببدن فلان أو فأنا ضامن لك المال الذي على فلان أوقال اذا جاء زيد فانا ضامن لك ماعليه أواذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهراً فقال القاضي لا تصح الكفالة، وهومذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن لان ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر ولانه اثبات حق لآدمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة. وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يصح، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجوب فيجب أن يصح كضمان الدرك والأول أقيس.

(فصل) وان قال كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أوعلى أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد به الكفالة ويحتمل أن يصح لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه. فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا ان يبريء المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أوضمنت لك هذا الدين بشرط ان تبرئني من ضمان الدين الآخر أوعلى أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان أصحهما البطلان لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر وكذلك لو شرط في الكفالة

القاضي لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط وقال أبو الخطاب يصح فيهما فأما ان قال كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعا لانه غير معلوم في الحال ولا في المآل

(فصل) فان قال كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الـكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد الكفالة به ويحتمل أن تصح الـكفالة لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه ، فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا أن يبريء المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهـذا الغريم على أن تبرئني من الـكفالة بفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى أنه لا يصح لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن دينا عليه أو يبيعه شيئا عينه أو يؤجره داره لم يصح لما ذكرنا

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأيهم قضى الدين بريء الآخران لما ذكرنا في الضمان

أو الضمان ان يتكفل المـكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شـيئاً عينه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا .

(مسئلة) (الا برضا الـكفيل وفي رضا المكفول به وجهان)

يعتبر رضى الكفيل في صحة الكفالة لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ، ولا يعتبر رضا المكفول له لانها وثيقة له لاقبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر فأما رضا المـكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان (والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره فاذا تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يجعل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو ألزمه الدين وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه

(مسئلة) (ومتى أحضره وسلمه بريء الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه ضرر)

وجملة ذلك ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالضمان فان أطلق انصرف الى الحلول لان كل عقد يدخله الحلول اذا أطلق اقتضى الحلول كالثمن والضمان فاذا تكفل حالا كان له مطالبته باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المـكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه ، وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الـكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المعقود عليه كالاجارة فان امتنع من تسلمه بريء لانه أحضره ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالمسلم فيه وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه

وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاه لانه أتى بما يلزم الكفيلين وهو احضار نفسه فبرئت ذمتهما كما لو قضى الدين وان أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق ، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء فرعاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبريء المكفول به بريء كفيلاه ولو أبريء أحد الكفيلين بريء وحده دون صاحبه

فصل ولو تكفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فقد التزم احضاره عند كل واحد منهما فاذا أحضره عند واحد بريء منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن دينا لرجلين فوفى أحدهما حقه

(فصل) وتفتقر صحة الكفالة الى رضى الكفيل لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضى المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر ، فأما رضاه المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان

فعل ماوقع العقد على فعله فبريء منه ، وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه فان لم يجد حاكما أشهد شاهدين على احضاره ، وامتناع المكفول له من قبوله والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره ، وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم احضاره قبل الاجل كالدين المؤجل فاذا حل الاجل فأحضره وسلمه بريء فان أحضر قبل الاجل ولا ضرر في تسلمه لزمه ، وان كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم والدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كمن سلم المسلم فيه قبل محله أو في غير مكانه .

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة ، وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال القاضي أن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل إذا أحضره فيه والا بريء كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسلم فيه في غير الموضع الذي شرطه ولانه قد يسلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغيبة شهوده او غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه ويفارق ما اذا سلمه قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فتى لم

(والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يجعل لنفسه حقا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة باذنه فأراد الكفيل احضاره لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من أجله باذنه فكان عليه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه كان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ،وان كانت الكفالة بغير اذنه نظرنا فان طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه لان حضوره حق للمكفول له وقد استناب الكفيل في طلبه وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ،وان قال المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه أن يحضر معه كما لو وكل أجنبيا وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا فلا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الآمر لانه كفل باختيار نفسه وانما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلم يلزمه به شيء

يكن ضرر وجب قبوله فان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به محبوساً لان ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لان حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم يرده الى الحبس فان توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الاول وحق المكفول له

(مسئلة) (وان مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برىء الكفيل)

اذا مات المكفول به برىء الكفيل وسقطت الكفالة ، وبه قال شريح والشعبي وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحكم ومالك والليث وحكي عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا ان الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما التزمه من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه،وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وفارق الرهن فانه غلق به المال فاستوفى منه وكذلك الحكم ان تلفت المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه بريء الكفيل لانه أتى بما يلزم الكفيل لاجله وهو احضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين

(فصل) واذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن

﴿ مسئله ﴾ قال (فان مات بريء المتكفل)

وجملته أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء وبهذا قال شريح والشعبي وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي، وقال الحكم ومالك والليث يجب على الكفيل غرم ماعليه وحكي ذلك عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما التزمه من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه ويفارق الرهن فانه علق به المال فاستوفي منه

(فصل) اذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن عليه دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه

عليه دين حين كفلته فانكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين فان نكل قضي عليه ، ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ماادعاه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فسقط باسقاطه كالدين، وان قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال له برئت من الدين الذي كفلت به، ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بابراء المستحق أو موت المكفول به فاما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ماقبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

(مسئلة) (وان تعذر احضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين)

متى تعذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ماعليه وقال أكثرهم لا غرم عليه ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » ولانه أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال

(مسئلة) (وان غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فان تعذر احضاره ضمن ماعليه)

اذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي فيه واعادته وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا ان الحق يعتبر في وجوب

اليمين فان نكل قضي عليه ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ما ادعاه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل ابرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فيسقط باسقاطه كالدين وإن قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن، وقيل يكون اقرارا بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به، والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بابراء المستحق أو موت المكفول به، فأما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت

ادائه امكان التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع امكانه أخذ بما عليه وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان كفل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله الى الحصاد والجذاذ والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والاولى صحته ههنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلا لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة، وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفل رجلا وقال ان جئت به في وقت كذا والا فما عليه علي فقال لا ادري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتا متسعا أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه ، فأما ان قال وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح وان قال الى الغد او إلى شهر كذا تعلق باوله على ما ذكرنا في السلم. فان تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا ان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى هذا الخلاف ههنا على الخلاف في ان هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه

﴿ مسئلة ﴾ (واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة باذنه أو طالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا

اذا كفل رجلا باذنه فأراد احضاره ليسلمه الى المكفول له لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من

من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ماقبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

(فصل) واذا كان لذمي على ذمي خمر فكفل به ذمي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه بريء الكفيل والمكفول عنه وقال أبو حنيفة اذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمهما قيمة الخمر لانه كان واجبا ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ولا وجد من المكفول له مايسقط حقه فبقي بحاله

ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر كما لو كان مسلما قبل الكفالة واذا بريء المكفول به بريء كفيله كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ولانه لو أسلم المكفول له برئا جميعا وكذلك اذا أسلم المكفول به وان أسلم الكفيل وحده بريء من الكفالة لانه لايجوز وجوب الخمر عليه وهومسلم

(فصل) فاذا قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن له ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له لان العادة أنه يستقرض من خليطه

أجله باذنه فلزمه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه فإن عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت بغير اذنه فان طلبه المكفول له لزمه الحضور لان حضوره حق المكفول له وقد استناب الكفيل في ذلك وان لم يطالبه المكفول له لم يلزمه الحضور لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال له المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه ان يحضر معه كما لو وكل غيره وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في إحضاره كاللفظ الاول واحتمل ان يكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا ولا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الآمر لانه كفل باختيار نفسه وانما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شيء

(فصل) ولو قال أعط فلانا ألفاً ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعط عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له

ولنا انه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال اعط فلانا حيث يلزمه لانه لم يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأيهم قضى الدين بريء الآخر لما ذكرنا في الضمان وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاه وان أحضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق بخلاف ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء كفيلاه لانهما فرعاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته وكذلك لوأبرأ المكفول به بريء كفيلاه ولو أبريء أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر

ولنا أنه لم يقل اعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال أعطه فلانا حيث يلزمه لانه لا يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) اذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع فخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسبا بالرجوع أو متبرعا لانه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فان قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لانه لايكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وان قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضمناء له ففعل فقال أبو بكر يضمنه القائل وحده الا أن يتطوع بقيتهم قال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقين، وان كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا: سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلا بحقه فقال يبرأ الكفيلان قلت فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الالف

(مسئلة) (ولو تكفل واحد غريماً لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر)

لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فقد التزم احضاره عن كل واحد منهما فاذا أحضره عند أحدهما بريء منه كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن دينا لرجلين فوفا أحدهما حقه

(فصل) وإذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع فخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعا لانه اتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وان قال له بعضهم الق متاعك فألقاه فكذلك لانه لم يكرهه ولا ضمن له فان قال القه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح، وان قال القه وأنا وركبان السفينة ضمناء له ففعل فقال أبو بكر يضمنه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقين، وان كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا سألت أحمد عن رجل له على رجل الف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلا بحقه فقال يبرأ الكفيلان قال فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً؟ قال لا شيء له ويذهب الالف

كتاب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وان كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم) والخلطاء هم الشركاء ومن السنة ماروي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرهما ان ماكان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقول الله أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما» رواه أبو داود وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبينها ان شاء الله تعالى، والشركة على ضربين شركة املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود وهي أنواع خمسة شركة العنان، والابدان، والوجوه والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال احمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه

باب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله (سبحانه وتعالى فهم شركاء في الثلث) وقال تعالى (وان كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض) الآية والخلطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روي ان البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه . وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يقول الله عزوجل انا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما» رواه أبو داود وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » واجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وانما اختلفوا في أنواع منها نبينها ان شاء الله تعالى، والشركة نوعان شركة أملاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود

(مسئلة) (وهي على خمسة أضرب أحدها شركة العنان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الابدان وشركة المفاوضة ، ولا يصح شيء منها الا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون

ويكون هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم

ولنا ماروى الخلال باسناده عن عطاء قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ماخلوا به معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس انه قال: لاتشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لايحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة وأضافه يهودي بخبز واهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ماليس بطيب وماباعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لاعتقادهم حله ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا أثمانها فاما مايشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير فأشبه مالو اشترى به ميتة أو عامل بالربا وماخفي أمره

هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقا لانه روي عن عبدالله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم

ولنا ما روى الخلال باسناده عن عطاء قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال لا تشاركن يهوديا ولا نصرانيا ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم ينتشر بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لاهله وأرسل الى آخر يطلب منه ثوبين الى الميسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم الا الطيب وما باعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لاعتقادهم حله ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولو هم بيعها وخذوا أثمانها فاما ما يشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسدا وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير فاشبه شراء الميتة والمعاملة بالربا وما خفي أمره ولم يعلم فهو مباح

فلم يعلم فالاصل اباحته وحله، فاما المجوسي فان احمد كره مشاركته ومعاملته قال ما أحب مخالطته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا، قال حنبل قال عمي لا تشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته وإن فعل صح لان تصرفه صحيح

﴿ مسئلة ﴾ قال (وشركة الابدان جائزة)

معنى شركة الابدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم فان اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه احمد في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقالين والحمالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد باسيرين ولم يجيئا بشيء ،وفسر احمد صفة الشركة في الغنيمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يختص به دون الغانمين وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاحتشاش والاغتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

الاصل فأما المجوسي فان أحمد كره مشاركته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا قال حنبل قال عمي لايشاركه ولايضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته فان فعل صح لان تصرفه صحيح

(فصل) وشركة العنان ان يشترك اثنان بماليهما ليعملا فيه ببدنيهما وربحه لهما فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها بهذا الاسم فقيل سميت بذلك لانهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فان عنانيهما يكونان سواء وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال عنت الي حاجتها اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من المعاننة وهي المعارضة يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح الا بشرطين أحدهما ان يكون رأس المال دراهم او دنانير)

ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير اذا كانت غير مغشوشة لانها قيم الاموال وأثمان البياعات والناس يشتركون فيها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى زمننا هذا من غير نكير

(فصل) ولا تصح بالعروض في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب

ولنا ماروى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله قال :اشتركناأنا وسعدوعمار يوم بدر فلم أجيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين،ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أقرهم عليه وقال احمد اشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم، فان قيل فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت الرسول الله صلى الله عليه سلم وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا ؟ قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ شيئاً فهو له » فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى أخذ شيء فهو له ويجوز ان يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الاسلاب والنفل الا أن الاول أصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء وأما الثاني فان الله تعالى انما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزل الله تعالى (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ، ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل إما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يبحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضا لانهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بصناعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال ، وعلى أبي حنيفة

وحكاه عنه ابن المنذر وكره ذلك يحي بن أبي كثير وابن سيرين والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها : لا يجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الاخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي الى أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي الى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له ، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكانها لانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان وهذا لا يجوز، وفيه رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد قال أحمد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع فقال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختاره أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن ابي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والاوزاعي وحماد بن ابي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعاً وكون ربح المالين بينهما وهو حاصل في العروض كحصوله في الاثمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالاثمان ويرجع

أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله

(فصل) وتصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب لا تصح وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطالب به كل واحد منهما فاذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ وقال القاضي تصح الشركة لانهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ولان الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الاخر فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الاخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك اذا اختلفت الصناعتان، وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل أن لا يلزمه ذلك لانهما كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح ولا ضمان فيها وان قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالاجرة أو بمن يتبرع له بعمله، ويدل على صحة هذا أنه لو قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه

(فصل) واذا قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل والاجرة بيني وبينك صحت الشركة وقال زفر لا تصح ولا يستحق العامل المسمى وانما له اجرة المثل

كل واحد منهما عند المفاضلة بقيمة ماله عند العقد كما انا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال اشبهت النقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يجز وجهاً واحداً لانه لا يمكن الرجوع بمثلها، ووجه الاول انه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة فانه سلم ان المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولانها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(مسئلة) (وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين)

اختلف اصحابنا في الشركة بالمغشوش من الاثمان هل تصح ؟ على وجهين (احدهما) لا تصح سواء قل الغش أو كثر وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ان كان الغش اقل من النصف جاز وان كثر لم يجز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مغشوشة اشبه ما لو كان الغش اكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب لا يصح فان الفضة اذا كانت اقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا ان يكون الغش قليلا لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره (والثاني) أن الشركة تصح بناء على صحة الشركة في العروض وقد ذكرنا ذلك، وحكم النقرة في الشركة بها كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت

ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة ، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وإلى ايهما دفعها برىء منها وان تلفت في يد احدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما معاً لانهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه وقال القاضي يحتمل ان لا يلزم احدهما ما لزم الاخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف بتعدي احدهما او تفريطه او تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقر احدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لان اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بدين عليه لا نه لا يد له على ذلك

(فصل) وان عمل احدهما دون صاحبه فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه احمد في رواية اسحاق بن هانيء وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الابدان فيأتي احدهما بشيء ولا يأتي الاخر

العروض ،ولا تصح الشركة بالفلوس وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ، ويتخرج الجواز اذا كانت نافقة فان احمد قال لا ارى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وابي ثور لانها ثمن فأشبهت الدراهم والدنانير، وفيه وجه آخر ان الشركة تجوز بها على كل حال وان لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الاول انها تنفق مرة وتكسد اخرى فأشبهت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة بها فانها ان كانت نافقة كان رأس المال مثلها وان كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ولا جزافاً لانه لابد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

﴿ مسئلة ﴾ (الشرط الثاني أن يشرطا لكل واحد منهما جزءا من الربح مشاعاً معلوماً كالنصف والثلث والربع)

لانها أحد أنواع الشركة فاشترط علم نصيب كل واحد منهما من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطاه سواء شرطا لكل واحد منهما على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر لان العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه فجاز ان يجعل له حظاً

بشيء قال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين واخفق الاخران ولان العمل مضمون عليهما معاً وبضمانهما له وجبت الاجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلا ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بانسان فقصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض او غيره فان طالب احدهما الاخر ان يعمل معه او يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللاخر الفسخ، ويحتمل انه متى ترك العمل من غير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله دونه لانه انما شاركه ليعملا جميعا فاذا ترك احدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وانما احتمل ذلك فيما إذا ترك احدهما العمل لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(فصل) فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراها فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح فاذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتهما ثم حملاه على البهيمين او غيرهما صح والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل اثبت الضمان في ذمتهما ولهما ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه، وإن اجراهما بأعيانهما على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة ولكل واحد منهما اجر دابته لانه لم يجد ضمان الحمل في ذمتهما وانما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استاجرها ولهذ تنفسخ الاجارة بموت الدابة

من الربح كالمضارب وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين لان الربح في هذه الشركة تبع للمال فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة

ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن يشرط له زيادة في الربح في مقابلة عمل المضارب، وفارق الوضيعة فانها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة

(مسئلة) (وان قالا الربح بيننا فهو بينهما نصفين) لان إضافته اليهما اضافة واحدة من غير ترجيح فاقتضى التسوية كقوله هذه الدار بيني وبينك وكذلك في المضاربة اذا قالا الربح بيننا

(مسئلة) (فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة) لانه المقصود من الشركة فلا يجوز الاخلال به فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين

(مسئلة) (وان شرطا لاحدهما جزءا مجهولا لم يصح)

لان الجهالة تمنع تسليم الواجب ولان الربح هو المقصود في الشركة فلم يصح مع الجهالة كالثمن والاجرة في الاجارة، وإن قال لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه صح وان جهلاه أو أحدهما لم يصح كالثمن في البيع

التي اكتراها ولان الشركة اما أن تنعقد على الضمان في ذممهما او على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذممهما ضمان ولا عملا بأبدانهما ما يجب الاجر في مقابلته ، ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ، ولهذا لو قال اجر عبدك وتكون اجرته بيني وبينك لم تصح كما لو قال بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانهما فان اعان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له اجر مثله لانها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لقصار اداة ولآخر بيت فاشتركا على ان يعملا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والاجرة على ماشرطاه لان الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدابتين اللتين أجراهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله ، وان فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر أجر عملهما واجر الدار والآلة وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء او لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على ان يعملا بالآلة او في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها ومايرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شرطا صح نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي مايدل على هذا ، وكره ذلك الحسن والنخعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر واصحاب

(مسئلة) (وان شرطا لاحدهما في الشركة والمضاربة دراهم معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح)

وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يجعل لنفسه جزءا وعشرة دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال القراض اذا جعل أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة ، وبه قال مالك وأبو ثور والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، والجواب فيما إذا قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما اذا شرط دراهم مفردة ، وانما لم يصح لامرين (أحدهما) انه اذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل ان لا يربحها فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم (الثاني) ان حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به ولان العامل في المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته منه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما اذا شرط له جزء من الربح .

(فصل) وكذلك الحكم اذا شرط لاحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح احدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه لانه قد يربح في ذلك المعين دون غيره فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وان دفع اليه ألفا مضاربة وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي

الرأي لايصح والربح كله لرب الدابة لان الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لان هذا ليس من أقسام الشركة إلا ان تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولان المضاربة تكون بالتجارة في الاعيان وهذه لايجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكها ، وقال القاضي يتخرج ان لايصح بناء على أن المضاربة بالعروض لاتصح ،فعلى هذا إن كان اجر الدابة بعينها فالاجر لمالكها وان تقبل حمل شيء فحمله عليها او حمل عليها شيئا مباحاً نباعه فالاجرة والثمن له وعليه اجرة مثلها لمالكها

ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والارض في المزارعة وقولهم إنه ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا : نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فانه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد فان المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال وهذا بخلافه، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف مارزقه الله تعالى أو ثلثه جاز ،ولا أرى لهذا وجهاً فان الاجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولان هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد

وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز كما لو قال لك نصف ربحه ولان ربح نصفه هو نصف ربحه ، ووجه الاول أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولانه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراده بربح شيء من المال

﴿مسئلة﴾ (وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة

﴿مسئلة﴾ (ولا يشترط أن يخلطا المالين ولا أن يكونا من جنس واحد)

لا يشترط اختلاط المالين في شركة العنان اذا عيناهما أو احضراهما وبه قال أبو حنيفة ومالك الا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بان يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلطا المالين لانهما إذا لم يخلطاهما فمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه ويزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المكيل

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولانه عقد على التصرف فلم يشترط فيه خلط المال كالوكالة ولنا على مالك فلم يكن من شرطه ان تكون أيديهما عليه كالوكالة وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لان الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار احمد إلى مايدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الاجارة ونقل ابو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنيمة أرجو أن لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله إذا كان على النصف والربع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل احمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربعه فجائز، والوجه فيه ماذكرناه في مسئلة الدابة ، وان دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب ، وان دفع غزلا إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربعه جاز نص عليه ولم يجز مالك وابو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه ، وان جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز نص عليه ، وعنه الجواز، والصحيح الاول، وقال ابو بكر هذا قول قديم وماروي غير هذا فعليه المعتمد ، قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يقول لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال أكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر قيل لابى عبد الله فان كان النساج لا يرضى حتى يزاد على الثلث درهماً قال فليجعل له ثلثاً

ولنا أن الوضيعة والضمان احد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح الشركة الا ان يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن الا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك

ولنا انهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد ، فعلى هذا متى تفاضلا رجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد وقال كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضي متى أراد المفاضلة قوما المبتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه

ولنا ان هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الاثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً .

(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك لان صاحب المال القليل ان أخذ نصف الربح أخذ مالا يملكه وان أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بعمله لاستوائهما في العمل

ولنا أنهما مالان من جنس الاثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا

(مسئلة) (وما يشتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما)

وعشرا ثلثا ونصف عشر وما أشبهه ، وروى الاثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وأيوب ويعلى بن حكيم انهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن، وقال ابو ثور وأصحاب الرأي هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس مانقل عن احمد صحة الشركة وما رزق بينهما على ماشرطاه لانها عين تنمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض نمائها كالارض

(فصل) قال ابن عقيل نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان وهو أن يعطي الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها، وعلة المنع أنه جعل له بعض معموله أجرا لعمله فيصير الطحن مستحقا له عليه وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرناه عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولآخر اكاف وجوالقات فاشتركا على ان يؤجراهما والاجرة بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره أجر دابتك لتكون أجرتها بيننا وأوجر جوالقاتي لتكون أجرتها بيننا، وتكون الاجرة كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بعقد، هذا اذا أجرا الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفردا فلكل واحد منهما أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

شركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما بدفع المال الى صاحبه أمنه وبأذنه له في التصرف وكله ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فعلى هذا ما يشتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما لان العقد وقع على ذلك فاما مايشتريه لنفسه فهو له والقول قوله في ذلك لانه أعلم بنيته

﴿مسئلة﴾ (وان تلف أحد المالين فهو من ضمانهما اذا خلطا المال وان لم يخلط فكذلك)

لان العقد اقتضى ان يكون المالان كالمال الواحد فكذلك في الضمان كحال الخلطة وقال أبو حنيفة متى تلف احد المالين فهو من ضمان صاحبه وقد ذكرنا مايدل على خلافه

﴿مسئلة﴾ (والوضيعة على قدر المال)

الوضيعة هي الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وان كان اثلاثا، فالوضيعة اثلاثا قال شيخنا لا نعلم في ذلك خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشترى سواء كان الربح بينهما كذلك او لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف او نقصان في الثمن عما اشتريا به او غير ذلك، والوضيعة في المضاربة على المال خاصة لاشيء على العامل منها لان الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو

(فصل) فان اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحمد فانه قد نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على أن لهما الاجرة على الصحة وهذا مثله لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولانهما وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعاها اليه فأشبه ما لو دفع اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى ومن آخر بغل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئلتين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالها العروض ولان من شرطها عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكماله والراوية ههنا تخلق وتنقص، ولا اجارة لانها تفتقر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما غرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبيه اجر المثل لانه استعمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة، وأما في المسئلة الثانية فانهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد

مختص بملك ربه لا شيء فيه للعامل فيكون نقصه من ماله دون غيره وأما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وان تلف الشجر أو هلك شيء من الارض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشتري ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويحتال ويرد بالعيب ويقر به ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما) يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة لان هذه عادة التجار، وله ان يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه أو وليه صاحبه، وله ان يقر به كما يقبل اقرار الوكيل بالعيب على موكله نص عليه أحمد وكذلك ان أقر بالثمن أو بعضه او اجرة المنادي أو الحمال لان هذا من توابع التجارة فهو كتسليم المبيع واداء ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة لان مبناها على الوكالة والامانة على ما ذكرنا، فيتصرف كل واحد منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، في الاقالة وجهان أصحهما انه لا يملكها لانها ان كانت بيعا فقد أذن له فيه وان كانت فسخاً ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فملكه كالرد بالعيب والآخر لا يملكها لانها فسخ فلا يدخل في الاذن في التجارة وله ان يستأجر من مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت مجرى الاعيان فصار كالشراء والبيع وله المطالبة بالاجر لهما وعليهما لان حقوق العقد لا تختص العاقد

الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالأجر كله له وعليه لاصحابه أجر المثل وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربعه بربع الاجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله ، وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى وهذا الرجل بكذا وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما اذا تزوج اربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة اعبد بعوض واحد هل يكون العوض ارباعا أو على قدر قيمتهم ؟ على وجهين.

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان اشترك بدنان بمال احدهما أو بدنان بمال غيرهما أو بدن ومال أو مالان وبدن صاحب أحدهما أو بدنان بماليهما تساوى المال أو اختلف فكل ذلك جائز)

ذكر أصحابنا الشركة الجائزة اربعا وقد ذكرنا نوعا منها وهو شركة الابدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الخرقي في خمسة أقسام (ثلاثة منها المضاربة) وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال

(فصل) فان ردت السلعة عليه بعيب فله ان يقبلها وان يعطي أرش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يعتقه على مال ولا غيره لان الشركة انعقدت على التجارة وليست هذه الاشياء تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض ولا يحابي لان ذلك ليس بتجارة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يضارب بالمال ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها الا باذن شريكه)

ليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ،وليس له ان يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطيها لان فيه خطراً فان أذن شريكه في ذلك جاز لانه يصير من التجارة المأذون فيها ، ومعنى قوله يأخذ به سفتجة أنه يدفع الى انسان شيئاً من مال الشركة ويأخذ منه كتابا الى بلد آخر ليستوفي منه ذلك المال، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيه بثمن ذلك كتابا الى بلد آخر ليستوفي ذلك منه فلا يجوز لان فيه خطرا على المال

﴿ مسئلة ﴾ (وهل له أن يودع أو يبيع نساء أو يبضع أو يوكل فيما يتولى مثله بنفسه أو يرهن أو يرتهن ؟ على وجهين)

أومالان وبدن صاحب احدهما (وقسم منها شركة الوجوه) وهو اذا اشترك بدنان بمال غيرهما فقال القاضي معنى هذا القسم ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما لانهما اذا اخذا المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل والذي قلنا له وجه لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما واخترنا هذا التفسير لان كلام الخرقي بهذا التقدير يكون جامعا لانواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مخلا بنوع منها وهي شركة الوجوه ويكون هذا المذكور نوعا من المضاربة ، ولان الخرقي ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الخرقي (والقسم الخامس) اذا اشترك بدنان بماليهما وهذه شركة العنان وهي شركة متفق عليها فأما شركة الوجوه فهو ان يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير ان يكون لهما رأس مال ، على ان ما اشتريا بينهما نصفين او أثلاثا اوارباعا اونحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهي جائزة سواء عين احدهما لصاحبه ما يشتريه اوقدره او وقته اوذكر صنف المال اولم يعين شيئاً من ذلك بل قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا ، قال احمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رءوس أموالهما على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفا من الثياب وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لان شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

اختلفت الرواية في الايداع والابضاع على روايتين (احداهما) له ذلك لانه عادة التجار وقد تدعوا الحاجة الى الايداع (والثانية) لا يجوز لانه ليس من الشركة وفيه غرر ، والصحيح ان الايداع يجوز عند الحاجة اليه لانه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع الى الحمال ، وهل له ان يبيع نساء ؟ يخرج على الروايتين في الوكيل والمضارب (احداهما) له ذلك لانه عادة التجار والربح فيه أكثر (والاخرى) لا يجوز لان فيه تغريراً بالمال ، فان اشترى شيئاً بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى شيئاً من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لانه اذا اشترى بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرض فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لانه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك لما نذكره ، قال شيخنا والاولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز لانه أمكنه اداء الثمن من مال الشركة أشبه مالو كان عنده نقد ولان هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز عنه وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على وجهين بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ماهو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فان وكل أحدهما ملك الاخر عزله لان لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل ، وهل لاحدهما ان يرهن أو يرتهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين أصحهما ان له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للايفاء والارتهان يراد

ولنا أنهما اشتركا في الابتياع واذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان ما يتبايعانه بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا وان سلمنا ذلك فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ههنا ، فعلى هذا اذا قال لرجل ما اشتربت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم او قال مااشتريت انا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق، وكذلك اذا قالا ما اشتريناه أو ما اشتراه احدنا من تجارة فهو بيننا فهو شركة صحيحة، وهما في تصرفاتهما وما يجب لهما وعليهما وفي اقرارهما وخصومتهما وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انعزل لانه وكيله، وسميت هذه شركة الوجوه لأنهما يشتركان فيما يشتريان بجاهمها والجاه والوجه واحد يقال فلان وجيه اذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه اللام (وكان عند الله وجيها)وفي بعض الآثار أن موسى عليه السلام قال يارب ان كان قد خلق جاهي عندك فاسئلك بحق النبي الامي الذي تبعثه في آخر الزمان فأوحى الله تعالى اليه : ما خلق جاهك عندي وانك عندي لوجيه.

رائحة هذا الأثر رائحة لا يخفى ما فيه من نكارة شديدة

للاستيفاء وهو يملك الايفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما، والثاني ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين ان يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة

(فصل) فان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما نفع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله والسفر به والايداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة، فاما التمليك بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه انما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(مسئلة) [1] وليس له ان يستدين على مال الشركة فان فعل فهو عليه وربحه له، الا أن يأذن شريكه)

اذا استدان على مال الشركة لم يجز له ذلك فان فعل فهو له له ربحه وعليه وضيعته، قال أحمد في رواية صالح من استدان في المال بوجهه الفاً فهو له ربحه له والوضيعة عليه، وقال القاضي اذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما لانه تمليك مال بمال اشبه الصرف ومنصوص أحمد يخالف هذا لانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها الفا من ماله، ويفارق الصرف فانه بيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدراهم فان أذن شريكه في ذلك جاز كبقية افعال التجارة المأذون فيها

(فصل) القسم الثاني ان يشترك بدنان بما ليهما وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك وهي شركة العنان، ومعناها أن يشترك رجلان بما ليهما على أن يعملا فيهما بابدانهما والربح بينهما وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر ، وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقيل سميت بذلك لانهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فان عنانيهما يكونان سواء، وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال عنت لي حاجة اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه، وقيل هي مشتقة من المعانته وهي المعارضة يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وافعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء

(فصل)ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير فانها قيم الاموال وأثمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ الى زمننا من غير نكير ،فاما العروض فلا تجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية ابي طالب وحرب وحكاه عنه ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن ابي كثير والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الراي لان الشركة اما ان تقع على اعيان العروض او قيمتها او اثمانها:لايجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع اليه وقد تزيد قيمة جنس احدهما دون الآخر

(مسئلة)(وان اخر حقه من الدين جاز)

اذا كان لهما دين حال فأخر احدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا يجوز ولنا انه اسقط حقه من المطالبة فصح ان ينفرد احدهما به كالابراء

(مسئلة) (وان تقاسما الدين في الذمة لم يصح)نص عليه في رواية حنبل لان الذمة لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعديل فاما القسمة بغير تعديل فهي بمنزلة البيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع الذي توى ماله على الذي لم يتو وبه قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لان الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الاعيان وبه قال الحسن واسحاق ،فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وهذا اذا كان في ذمم فاما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة لان القسمة افراز حق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة

(مسئلة) (وان أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه)لانه تبرع فلزم في حقه دون صاحبه كالصدقة

(مسئلة) (وكذلك ان أقر بمال سواء أقر بعين أو دين)لان شريكه انما أذن في التجارة وليس الاقرار داخلا فيها، وقال القاضي يقبل اقراره على مال الشركة لان للشريك أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل اقراره بالثمن لضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته ولان ذلك مما يحتاج اليه في البيع أشبه الاقرار بالعيب

فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدي الى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء باكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الاخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكانها ولانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع وان اراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية اخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال قال احمد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا، وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع قال جائز، فظاهر هذا صحة الشركة بها، اختار هذا ابو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والاوزاعي وحماد بن أبي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا وكون ربح المالين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالاثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد كما اننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال كالحبوب والادهان جازت الشركة بها في احد الوجهين لأنها من ذوات الامثال اشبهت النقود ويرجع عند المفاصلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يجز وجها واحدا لانه لا يمكن الرجوع بمثلها

(مسئلة) (وعلى كل واحد منهما ان يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس واحرازه) لان اطلاق الاذن يحمل على العرف، والعرف ان هذه الامور يتولاها بنفسه (فان استأجر من يفعل ذلك فالاجرة عليه) في ماله لانه بذلها عوضا عما يلزمه (وما جرت العادة ان يستنيب فيه) كحمل المتاع ووزن ما ينقل والنداء (فله ان يستأجر من يفعله) من مال القراض لانه العرف

(مسئلة) (فان فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين) أحدهما لا يستحقها نص عليه لانه تبرع بما لم يلزمه فلم يكن له أجر كالمرأة التي تستحق على زوجها خادما اذا خدمت نفسها وفيه وجه آخر ان له الاجرة لانه فعل ما يستحق الاجرة فيه فاستحقها كالاجنبي

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (والشروط في الشركة ضربان صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر الا في نوع من المتاع أو بلد بعينه أو لا يبيع الا بنقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان او لا يشتري إلا من فلان)

فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم أو الرجل مما يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي اذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده كالياقوت الاحمر والخيل البلق لم يصح لانه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو ان لا يبيع الا بمثل ما اشتري به

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض وكذلك الحكم في المغشوش من الاثمان قل الغش أو كثر وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة إن كان الغش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مغشوشة فأشبه مالو كان الغش أكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فان الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون الغش قليلا جداً لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار مثل الحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فان احمد قال لا أرى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لانها ثمن فجازت الشركة بها كالدراهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال نافقة كانت او غير نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الاول أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة فيها فانها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالكلية نصحت كما لو شرط أن لا يتجر الا في نوع يعم وجوده ولانه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة، قولهم إنه يمنع المقصود ممنوع وانما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع ، ويفارق ما اذا شرط أن لا يبيع الا برأس المال فانه يمنع الربح بالكلية وكذلك اذا قال لا تبع إلا من فلان ولا تشتر إلا منه فانه يمنع الربح أيضاً فانه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(مسألة) (وفاسد مثل ان يشترط مايعود بجهالة الربح أو ضمان المال أو ان عليه من الوضيعة اكثر من قدر ماله أو ان يوليه مايختار من السلع أو يرتفق بها أو ان لا يفسخ الشركة مدة بعينها، فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ويخرج في سائرها روايتان)

الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام :

(أحدها) ما ينافي مقتضى العقد مثل ان يشترط لزوم المضاربة أوان لا يعزله مدة بعينها أو ان لا يبيع الا برأس المال او أقل او لا يبيع الا ممن اشترى منه أو شرط أن لا يشتري أو لا يبيع أوان يوليه

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ولا جزافاً لانه لابد من الرجوع به عند المفاصلة ولا يمكن مع الجهل والجزاف ولا يجوز بمال غائب ولادين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير نص عليه احمد وبه قال الحسن وابن سيرين وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك، ولانهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد ، ومتى تفاصلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد فقال يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه وقال كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضي إذا أرادا المفاصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه

ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الاثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحدا

(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك

ولنا أنهما مالان من جنس الاثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا

مايختار من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الاصل .

(القسم الثاني) ما يعود بجهالة الربح مثل ان يشرط للمضارب جزءا من الربح مجهولا أو ربح أحد الكيسين أو احد الالفين او احد العبدين او احد السفرتين او ما يربح في هذا الشهر او ان حق أحدهما في عبد يشتريه أو يشرط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي الى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوما .

(القسم الثالث) اشتراط ماليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل ان يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة او قرضا أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب أو يستخدم العبد أو يشرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة أو انه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها في غير هذا الموضع معللا، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة والشركة لان الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد العقد كما لو جعل رأس المال خمراً أو خنزيراً ولان الجهالة تمنع من التسليم فيفضي الى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه الى المضارب، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن احمد في اظهر الروايتين عنه ان العقد صحيح ذكره عنه الاثرم وغيره ولانه

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناهما وأحضراهما وبهذا قال أبوحنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلطا المالين لأنهما إذا لم يخلطاهما فمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المكيل.

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولانه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لان الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

ولنا ان الوضيعة والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا.

(فصل) ومتى وقعت الشركة فاسدة فانهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله نص عليه احمد في المضاربة واختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان المسمى يسقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشترى إلا أن يكون مال كل واحد منهما مميزاً وربحه معلوماً فيكون له ربح ماله ، ولو ربح في جزء منه ربحاً متميزاً وباقيه مختلط

عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح والعتاق ، وفيه رواية أخرى أن العقد يبطل ذكرها القاضي وأبو الخطاب لانه شرط فاسد فأبطل العقد كالمزارعة اذا شرط البذر من العامل وكالشروط الفاسدة في البيع ،ودليل فساد هذه الشروط انها ليست من مصلحة العقد ولا يقتضيها العقد فان مقصوده الربح فكيف يقتضي الضمان ولا يقتضي مدة معينة ؟ لانه جائز

(مسئلة) (واذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين)

لان التصرف صحيح لكونه باذن رب المال والوضيعة عليه لان كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ويقسم الربح على قدر المالين لانه نماء المال ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله يسقط منها أجرة عمله في ماله ويرجع على الآخر بقدر ما بقي له فان تساويا مالاهما وعملهما تقاص الدينان واقتسما الربح نصفين وان فضل أحدهما صاحبه يقاص دين القليل بمثله ويرجع على الآخر بالفضل والوجه الثاني ذكره الشريف ابو جعفر انهما يقتسمان الربح على ما شرطاه لانه عقد يجوز ان يكون عوضه مجهولا فوجب المسمى في فاسده كالنكاح

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لانه عقد جائز فبطل بذلك كالوكالة وان عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول فلم يكن له أن يتصرف الا في قدر نصيبه ، وللعازل التصرف في الجميع لان المعزول لم يرجع عن اذنه

كان له ماتميز من ربح ماله وله بحصته باقي ما له من الربح ، واختار الشريف أبو جعفر انهما يقتسمان الربح على ماشرطاه ولا يستحق أحدهما على الاخر أجر عمله وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها قال لأن احمد قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح والمذهب الاول قاله القاضي وكلام احمد محمول على الرواية الاخرى في تصحيح المضاربة بالعروض لان الاصل كون ربح مال كل واحد لمالكه لانه نماؤه وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح فاذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الاصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله

(فصل) وشركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما بدفع المال إلى صاحبه امنه وباذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فان اذن له مطلقا في جميع التجارات تصرف فيها وان عين له جنسا أو نوعا أو بلدا تصرف فيه دون غيره لانه متصرف بالاذن فوقف عليه كالوكيل ، ويجوز لكل واحد منهما ان يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة لان هذا عادة التجار وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين

هذا إذا نض المال وان كان عرضاً فذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد أنه لا ينعزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزله رب المال ، وينبغي ان يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال ، وذكر أبو الخطاب انه ينعزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي قياساً على الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبع ، فان قيل أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع ، قال شيخنا وهذا انما يصح اذا كان الربح على قدر المالين أما اذا زاد ربح أحدهما عن ماله فانه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيتعين البيع كالمضاربة .

(فصل) اذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله ان يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف لان هذا إتمام للشركة وليس بابتدائها فلا تعتبر شروطها ، وله المطالبة بالقسمة فان كان موليا عليه قام وليه مقامه في ذلك الا انه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه ، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فيعزل نصيبه ويفرقه عليهم فان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث امضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه هو وفيما ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت مجرى الاعيان فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالاجر لهما وعليهما لان حقوق العقد لاتختص العاقد .

(فصل) وليس له ان يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره ولا زوج الرقيق لان الشركة تنعقد على التجارة وليست هذه الانواع تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ، وليس له أن يقرض ولا يحابي لانه تبرع وليس له التبرع ، وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن ايجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة لان في ذلك خطراً لم يؤذن فيه وليس له أن يستدين على مال الشركة فان فعل فذلك له، وله ربحه وعليه وضيعته ، قال احمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجهه ألفاً فهو له وربحه له والوضيعة عليه ، وقال القاضي إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما لانه تمليك مال بمال فهو كالصرف ونص احمد يخالف هذا ولانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها ألفاً من ماله ، ويفارق الصرف لانه بيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدراهم ، وليس له أن يقر على مال الشركة فان فعل لزم في حقه دون صاحبه سواء أقر بعين أو دين لان شريكه إنما أذن في التجارة

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني المضاربة وهي أن يدفع ماله الى آخر يتجر فيه والربح بينهما) فاهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل ان يكون من ضرب كل واحد منهما بسهم في الربح ويسميه اهل الحجاز القراض ، قيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا ، وينعقد بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي معناهما لان القصد المعنى فجاز بكل ما دل عليه كالوكالة وهي مجمع على جوازها في الجملة . ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبد الله عن ابيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق ، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعاً وقدما به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر اخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ؟ قال قد جعلته وأخذ منهما نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة

وليس الاقرار داخلا فيها ، وإن أقر بعيب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه احمد وكذلك إن أقر ببقية ثمن البيع أو بجميعه أو بأجر للمنادي أو الحمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها وله أن يعطي ارش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لهما عن غريمهما لزم في حقه وبطل في حق شريكه لانه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه وإن كان لهما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد أحدهما به كالابراء

(فصل) وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب وسنذكر ذلك ، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى بشيء من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لانه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي مما في يديه فلا يفضي إلى الزيادة في الشركة وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لانه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك على ما أسلفناه ، والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه اداء الثمن منه ببيعه انه يجوز لانه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبه مالو كان عنده نقد ولان هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يبضع أو يودع ؟ على روايتين

عن الحسن أن عليا قال اذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان اجماعا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدراهم والدنانير لا تنمي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتيج اليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجتين

(فصل) ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر الا به ، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين كما لو قال والربح بيننا فانه يكون بينهما نصفين كذا هذا ، ولنا أن المضارب انما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى ان له جزءاً من الربح مجهولا فلم تصح المضاربة كما لو قال ولك جزء من الربح ، فاما اذا قال الربح بيننا فان المضاربة تصح وتكون بينهما نصفين لانه أضافه اليهما اضافة واحدة فلم يترجح أحدهما على الآخر فاقتضى التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك

(مسئلة) (فان قال خذه فاتجر به والربح كله لي فهو ابضاع) لانه قرن به حكم الابضاع فانصرف اليه

(مسئلة) (وان قال والربح كله لك فهو قرض) لا قراض لان قوله خذه فاتجر به يصلح لهما

(إحداهما) له ذلك لانه عادة التجار وقد تدعو الحاجة إلى الايداع (والثانية) لا يجوز لانه ليس من الشركة وفيه غرر والصحيح أن الايداع يجوز عند الحاجة اليه لانه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمال ، وفي التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ماهو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فان وكل أحدهما ملك الآخر عزله لان لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل، وهل لاحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما أو يرهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين (أصحهما) أن له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للايفاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الايفاء والاستيفاء فملك مايراد لهما (والثاني) ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك مايراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة ، فاما الاقالة فالاولى انه يملكها لانها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب اذا رأى المصلحة فيه فكذلك يملك الفسخ بالاقالة اذا كان الحظ فيه فانه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه ، ويحتمل أن لا يملكها اذا قلنا هو فسخ لان الفسخ ليس من التجارة ، وان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله

وقد قرن به حكم القرض فانصرف اليه وان قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك

(مسئلة) (وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قال والربح كله لي كان إبضاعا صحيحاً لانه أثبت له حكم الابضاع فانصرف اليه كما لو قال اتجر به والربح كله لي ، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الصورتين لانهما دخلا في القراض فاذا شرطه لاحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد

ولنا ان المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ماينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما ، ويفارق ما اذا لم يقل مضاربة لان اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقرض بخلاف ما اذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب

(مسئلة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) اذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث الربح أو ربعه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نماؤه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحقه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل

(مسئلة) (وان قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان)

والسفر به والايداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجازله كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تمليكا بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه إنما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(فصل) وإن أخذ أحدهما مالا مضاربة فربحه له ووضيعته عليه دون صاحبه لانه يستحق ذلك في مقابلة عمله وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة إذا ضارب لرجل آخر ردما حصل من الربح في شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول فيجيء ههنا مثله

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لانها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة ، وان عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول فلم يكن له أن يتصرف الا في قدر نصيبه وللعازل التصرف في الجميع لان المعزول لم يرجع عن اذنه ، هذا اذا كان المال ناضا وان كان عرضا فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه لا ينعزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذ عزله رب المال وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى أوالتصرف بغير ما ينض به المال وذكر أبو الخطاب أنه يعزل مطلقا وهو مذهب الشافعي لانه عقد جائز فأشبه الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وان طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أجيب طالب القسمة دون طالب البيع ، فان قيل اليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب

أحدهما لا يصح لان العامل انما يستحق بالشرط ولم يشرط له شيء فتكون المضاربة (فاسدة) والثاني يصح ويكون الباقي للعامل وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لا يستحقه غيرهما فاذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فعلم ان الباقي له لانه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمر وكذا ههنا وهي أصح

(فصل) فان قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن الباقي صح وكان لرب المال لأنه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذا اذا ذكر البعض وترك البعض ، وان قال خذه مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله لان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل وهو يقل ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له وهو مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل قليلا كان أو كثيراً) لما ذكرنا واليمين على مدعيه لانه يحتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لنفي الاحتمال كما يجب على المنكر لنفي مايدعيه المدعي

(فصل) وان قال خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وله خمسة أسباع الربح لان

العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الربح الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع

(فصل) فان مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك إلا أنه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم وان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاه من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى

(فصل) القسم الثالث أن يشترك بدن ومال وهذه المضاربة وتسمى قراضا أيضا ومعناها ان يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح

هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف وان قال لك ربع الربح وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وسواء عرفا الحساب أوجهلاه لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة أشبه مالو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءاً من الربح بينهما نصفين صح وان قال لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو بينهما نصفان لان اطلاق قوله لكما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله الربح بيننا ، وان شرط لاحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه والباقي له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لانهما في العمل بابدانهما فلم يجز تفاضلهما في الربح كشريكي الابدان

ولنا ان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز ان يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كالوانفردا ولانهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلهما في العوض كالأجيرين،وشركة الابدان كمسئلتنا لا يجب التساوي فيها ثم الفرق بينهما ان ذاك عقد واحد وهذان عقدان

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بالف لهما جاز فان شرطا له ربحا متساويا منها جاز وكذلك ان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما له ، وان شرطا كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور

بسهم ، ويسميه أهل الحجاز القراض فقيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض اشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وههنا من العامل العمل ومن الاخر المال فتوازنا . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبدالله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق وروي مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاعا به متاعا وقدما به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا ؟ قال قد جعلته واخذ منهما نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة عن الحسن أن علياً قال : اذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا مخالف لهما في الصحابة فحصل اجماعا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدراهم والدنانير لا تنمي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولان كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج اليها من الجانبين فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين. اذا ثبت هذا فانها تنعقد بلفظ

ولنا أن احدهما يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثان فاذا شرط التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) اذا شرطا جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لعبد أحدهما أو لعبديهما صح وكان مشروطاً لسيده فاذا جعلا الربح بينهما وبين عبد أحدهما اثلاثا كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث وان شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع العامل صح وكانا عاملين وان لم يشرطا عليه عملا لم تصح المضاربة وبه قال الشافعي، وحكي عن أصحاب الرأي انه يصح، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو قريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما يشرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنبي لا يستحق شيئاً لان الربح انما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهما وما شرط لا يستحقه فرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود الى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دارهم معلومة وان قال لك الثلثان على أن تعطي امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطا لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرنا

المضاربة والقراض لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها لان المقصود المعنى فجاز بما دل عليه كلفظ التمليك في البيع

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان في أن كل ماجاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله وما منع منه الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهبنا مثله وما جاز ان يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لايجوز ههنا على ما فصلناه

(فصل) القسم الرابع ان يشترك مالان وبدن صاحب احدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما الف وللآخر الفان فاذن صاحب الالفين لصاحب الالف ان يتصرف فيها على ان يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الالف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه وذلك لانه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه وحصة مال شريكه اربعة اسهم، للعامل سهم وهو الربع، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟ قلنا انما تمنع الاشاعة الجواز اذا كانت مع غير العامل لانها تمنعه من التصرف بخلاف ما اذا كانت مع العامل فانها لاتمنعه من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة ، فان شرط للعامل ثلث الربح فقط فمال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لان المضاربة انما تحصل اذا كان الربح بينهما فاما اذا قال ربح مالك لك وربح

(فصل) وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لايفعله وفيما يلزمه فعله وفي الشروط كما جاز للشريك عمله جاز للمضارب وما منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهبنا مثله ، وماجاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لايجوز ثم لايجوز ههنا على ما فصلناه لانها في معناها

﴿ مسئلة ﴾ (واذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الاجرة وعنه له الاقل من الاجرة أو ما شرط له من الربح) الكلام في المضاربة الفاسدة في فصول ثلاثة (أحدها) أنه اذا تصرف العامل نفذ تصرفه لانه اذن فيه رب المال فاذا بطل عقد المضاربة بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل ، فان قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينفذ مع ان البائع قد اذن له في التصرف ؟ قلنا لان المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن فان اذن البائع كان على انه ملك المأذون له فاذا لم يملك لم يصح وههنا اذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرط من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لانه أذن له في تصرف ما يقع له

(الفصل الثاني) ان الربح جميعه لرب المال لانه نماء ماله وانما يستحق العامل بالشرط فاذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً ولكن له أجر مثله نص عليه وهو مذهب الشافعي واختار الشريف ابو جعفر ان الربح بينهما على ماشرط له واحتج بما روي عن احمد انه قال اذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطا قال وهذه شركة فاسدة واحتج بانه عقد يصح مع الجهالة

مالي لي فقبل الآخر كان إبضاعا لاغير وبهذا كله قال الشافعي ، وقال مالك لايجوز ان يضم الى القراض شركة كما لا يجوز ان يضم اليه عقد اجارة. ولنا انهما لم يجعلا أحد العقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزا

(فصل) اذا دفع اليه الفا مضاربة وقال أضف اليه الفا من عندك واتجربها والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا ، وقال أصحاب الشافعي لايصح لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل .ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجازأن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل هو تابع لهما كما انه حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه اشترط لنفسه جزءا من الربح لامقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ،وفارق شركة العنان لان فيها عملا منهما فجاز ان يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وان جعلا الربح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز وكان ابضاعا كما تقدم وان قالا مضاربة فسد العقد لما سنذكره انشاء الله تعالى

(فصل) القسم الخامس ان يشترك بدنان بمال احدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما مثل ان يخرج احدهما الفا ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ونص عليه احمد في رواية ابي

فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح قال والاجر له وجعل احكامها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا ذلك قال القاضي ابو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام احمد محمول على انه صحح الشركة بالعروض ، وحكي عن مالك انه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه إن لم يربح فلا اجر له ،ومقتضى هذا أنه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله وعن احمد مثل ذلك لان الاجرة ان كانت اكثر فقد رضي باسقاط الزائد منها عن المسمى لرضائه به وان كانت أقل لم يستحق اكثر منها لفساد التسمية بفساد العقد لانه لو استحق اجر المثل لتوسل الى فساد العقد وأدى الى الخسران والمشهور الاول لان تسمية الربح من توابع المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت فسدت اركانها وتوابعها كالصلاة ، ويمنع وجوب المسمى في النكاح الفاسد وإذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه إنما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له وجب رد عمله اليه وهو متعذر فتجب قيمته وهي اجر مثله كما لو تبايعا فاسداً وتقابضا وتلف احد العوضين في يد قابضه وجب رد بدله ،فعلى هذا له أجر المثل سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بعمله أشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جعل أو اخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) ان لا يضمن ما تلف بغير تعديه وتفريطه لان ما كان المقبوض في صحيحه

الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وابو الخطاب اذا شرط ان يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر ، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلي بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لان يده عليه فيخالف موضوعها ، وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل من غير اشتراط

ولنا أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه اليه كما يصح أن يضم اليه بهيمة يعمل عليها

(فصل) وأما شركة المفاوضة فنوعان (أحدهما) أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجمعا

مضمونا كان مضموناً في فاسده ومالم يضمن في صحيحه لم يضمن في فاسده ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلا يضمن في فاسده كالوكالة ولانها اذا فسدت صارت اجارة ولا يضمن الاجير ما تلف بغير فعله ولا تعديه كذلك ههنا

(مسئلة) (وإن شرطا تأقيت المضاربة فهل تفسد ؟ على روايتين)

وتأقيتها ان يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فاذا مضت السنة فلا تبع ولا تشتر (احداهما) يصح قال مهنا سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا الفا مضاربة شهراً فاذا مضى شهر تكون قرضاً قال لا بأس به قلت فاذا جاء الشهر وهي متاع قال اذا باع المتاع يكون قرضا وهذا قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لأمور ثلاثة (أحدها) أنه عقد يقع مطلقاً فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه اذا شرط ان لا يبيع ، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي ان يكون رأس المال ناضاً فاذا منعه البيع لم ينض (الثالث) أن هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها

ولنا أنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره

بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك لان كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره (والثاني) أن يدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو يجده من ركاز أو لقطة ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد وبهذا قال الشافعي ، وأجازه الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حرين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرجا جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير. واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة» ولانها نوع شركة يختص باسم فكان فيها صحيح كشركة العنان

ولنا انه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولانه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح كما ذكرنا ولان فيه غرراً فلم يصح كبيع الغرر، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخلا فيه الاكساب النادرة ، والخبر لا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا .

يبطل بالوكالة والوديعة والثاني والثالث يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من التصرف في كل وقت إذا رضي ان يأخذ بماله عرضاً فاذا شرط ذلك فقد شرط ماهو من مقتضى العقد فصح كما لو قال اذا انقضت السنة فلا تشتر شيئا وقد سلموا صحة ذلك

(مسئلة) (وان قال بع هذا العرض وضارب بثمنه أو اقبض وديعتي وضارب بها أو اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح في قولهم جميعا ويكون وكيلا في بيع العرض وقبض الوديعة مأذوناً له في التصرف مؤتمنا عليه فجاز جعله مضاربة كما لو قال اقبض المال من غلامي فضارب به ، وأما اذا قال اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح) لانه اذن في التصرف فجاز تعليقه على شرط مستقبل كالوكالة

(فصل) فان كان في يد انسان وديعة فقال له رب الوديعة ضارب بها صح وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين

ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضارب عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذه الالف وفارق الدين فانه لا يصير ملكا للغريم الا بقبضه، فأما ان كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجز ان يضارب عليها لما نذكره

﴿ مسئلة ﴾ قال (والربح على ما اصطلحا عليه)

يعني في جميع أقسام الشركة ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه او مايجمعان عليه بعد ان يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء ولان استحقاق المضارب الربح بعمله فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير كالأجرة في الاجارة وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة ، واما شركة العنان وهو أن يشترك بدنان بماليهما فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وان يتفاضلا فيه مع تساويهما فى المال وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين لان الربح في هذه الشركة تبع المال بدليل انه يصح عقد الشركة واطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة

ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد وذلك لان احدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجازله أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب ، يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفرداً فكذلك إذا اجتمعا وأما حالة الاطلاق فانه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط فاذا وجد الشرط فهو الاصل فيصير اليه كالمضاربة يصار الى الشرط فاذا عدم وقال الربح بيننا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضيعة فانها لاتتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة ، واما شركة الابدان فهي معقودة على العمل المجرد وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال مغصوب فضارب الغاصب به صح لانه مال لرب المال يصح بيعه لغاصبه ولمن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة فاذا ضارب به سقط ضمان الغصب لعقد المضاربة وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لايزول ضمان الغصب الا بدفعه ثمنا وهو مذهب الشافعي لان القراض لاينا في الضمان بدليل مالو تعدى فيه

ولنا انه ممسك للمال باذن مالك لايختص بنفعه ولم يتعد فيه فاشبه مالو قبضه وقبضه اياه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح) نص عليه احمد وهو قول اكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم انه لايجوز ان يجعل الرجل دينا له على رجل مضاربة وممن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثوري واسحاق وابو ثور واصحاب الراي وبه قال الشافعي ، وقال بعض اصحابنا يحتمل ان يصح لانه اذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الثمن الى من اذن له في دفع ثمنه اليه فتبرأ ذمته منه ويصير كما لو دفع اليه عرضا وقال بعه وضارب بثمنه وجعل اصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب اجر مثله

فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة العنان بل هذه اولى لانعقادها على العمل المجرد، واما شركة الوجوه فكلام الخرقي بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة او تفاضل وهو قياس المذهب لان سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه ولانها تنعقد على العمل وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان، وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح.

ولنا أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما يعملان فيه قلنا إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذا ههنا، وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لانه مضارب لصاحبه في الف ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف، وان شرطا له دون نصف الربح لم يجز لان الربح يستحق بمال وعمل وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه، وان جعلا الربح بينهما نصفين فليس هذا

لانه علقه على شرط، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط والمذهب الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وانما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا، فان قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئا للمضاربة وقع الشراء له لانه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له وان اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على مالا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة كون راس المال معلوم المقدار فان كان مجهولا او جزافا لم تصح وان شاهداه وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور واصحاب الراي تصح اذا شاهداه والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه امين رب المال والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهداه ولانه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة ويفضي الى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح كما لو كان في الكيس وما ذكروه يبطل بالسلم وبما اذا لم يشاهده

(فصل) ولو احضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على احدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما او اختلف لانه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع

(مسئلة) (وان أخرج مالا ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صح) ذكره الخرقي ونص عليه احمد في رواية ابي الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح

شركة ولا مضاربة لان شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ولم يجعلاله هنا في مقابلة عمله شيئاً وانما جعلا الربح على قدر المالين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك ابضاعاً وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضاً عن قرض فان كان العامل اقترض الالف أو بعضها من صاحبه لم يجز لانه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز ، واما اذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويعملان جميعاً فيه فان للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبه ما لو لم يعمل معه رب المال، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلحا عليه في جميع أنواع الشركة سواء ماذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحنا

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين لانه لو قال والربح بيننا لكان بينهما نصفين فكذلك اذا لم يذكر شيئاً.

ولنا أن المضارب انما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءا من الربح مجهولا فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فاما اذا قال والربح بيننا فان المضاربة تصح

بعمله في مال غيره وهذا حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبدالله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويخلي بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فيه فلم يسلمه فيخالف موضوعها وتاول القاضي كلام احمد والخرقي على أن رب المال عمل فيه من غير اشتراط والاول أظهر لان العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم ان المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع انما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر أصحابه ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه اليه كما يصح ان يضم اليه بهيمته يحمل عليها والثاني لا يجوز لان يد العبد كيد سيده

(فصل) وان اشترك مالان ببدن صاحب احدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لاحدهما الف وللآخر الفان فاذن صاحب الالفين لصاحب الالف

ويكون بينهما نصفين لانه أضافه اليهما اضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر فاقتضى التسوية كما لوقال هذه الدار بيني وبينك ، وان قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربعه أو جزءاً معلوماً أي جزء كان فالباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نماءه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحقه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل ، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشرط له شيء فتكون المضاربة فاسدة (والثاني) يصح ويكون الباقي للعامل وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لهما لا يستحقه غيرهما فاذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ كما علم ذلك من قول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فعلم أن الباقي له ولانه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا ههنا ، وإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن السدس صح وكان لرب المال لانه لوسكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وان قال خذه مضاربة على الثلث أو النصف أو قال بالثلث أو الربع صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله فان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل والعمل يكثر ويقل وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له ، ومتى شرطا لاحدهما شيئاً واختلفا في الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل قليلا كان

أن يتصرف فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الالف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الالفين ثلاثة أرباعها وللعامل ربعه وذلك لانه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم للعامل سهم وهو الربع ، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟ قلنا إنما تمتنع الاشاعة الجواز اذا كانت مع غير العامل لانها تمنعه من التصرف بخلاف ما اذا كانت مع العامل فانها لا تمنعه من التصرف فلا تمنع صحة المضاربة وان شرط للعامل ثلث الربح فقط فقال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لان المضاربة انما تحصل اذا كان الربح بينهما فاما اذا قال ربح مالك لك وربح مالي لي فقبل الآخر كان إبضاعا لا غير وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك لا يجوز ان يضم الى القراض شركة كما لا يجوز ان يضم اليه عقد إجارة . ولنا أنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً

(فصل) اذا دفع اليه الفا مضاربة وقال أضف اليه الفا من عندك واتجر بهما والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا وقال أصحاب الشافعي لا يجوز لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل

ولنا أنهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له

أو كثيراً لذلك وان قال خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث مابقي صح وكان له خمسة أتساع لان هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربع مابقي فله النصف وان قال لك ربع الربح وربع مابقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن وسواء عرفا الحساب أو جهلاه لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبه مالو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

(فصل) وان قال خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لانه مجهول ولا تصح المضاربة الا على قدر معلوم ، وان قال خذه ولك مثل ماشرط لفلان وهما يعلمان ذلك صح لانهما أشارا الى معلوم عندهما وان كانا لا يعلمانه أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة لانه مجهول .

(فصل) وان قال خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك كان قرضاً لا قراضاً لان قوله خذه فاتجر به يصلح لهما وقد قرن به حكم القرض فانصرف اليه ، وان قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا قرض شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك ، وان قال خذه فاتجر به والربح كله لي كان ابضاعاً لانه قرن به حكم الابضاع فانصرف اليه فان قال مع ذلك وعليك ضمانه لم يضمنه لان العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه ، وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قال والربح

مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل تابع لهما كما أنه حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز ، وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان

ولنا أنه شرط لنفسه جزء من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد، وفارق شركة العنان لان فيها عملا منهما فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وان جعلا الربح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز وكان ابضاعا كما تقدم وان قالا مضاربة فسد العقد لما ذكرنا

(فصل) وقد ذكرنا ان حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل ان يفعله اولا يفعله والذي اختلف فيه في حق الشريك فكذلك في حق عامل المضاربة وهل له أن يبيع نساء اذا لم ينه عنه؟ فيه روايتان (احداهما) ليس له ذلك وبه قال مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يجز له ذلك بغير إذن كالوكيل ، يحقق ذلك ان النائب لا يجوز له التصرف الا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تغرير بالمال والثانية يجوز له ذلك وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر والحكم في الوكالة ممنوع ، ثم الفرق بين الوكالة المطلقة والمضاربة ان الوكالة المقصود منها تحصيل الثمن فحسب ولا تختص بقصد الربح فاذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولان الوكالة المطلقة في البيع

كله لي كان ابضاعاً صحيحاً لانه أثبت له حكم الابضاع فانصرف اليه كالتي قبلها وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الصورتين لانهما دخلا في القراض فاذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد .

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ماينافي مقتضى العقد ففسد كما لوشرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما،ويفارق مااذا لم يقل مضاربة لان اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما اذا صرح بالمضاربة وماذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب .

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين جاز وان قال لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو كان بينهما نصفين لان اطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله والربح بيننا وان شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه وجعل الباقي له جاز وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لانهما شريكان في العمل بابدانهما فلا يجوز تفاضلهما في الربح كشريكي الابدان

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلهما في العوض كالاجيرين ولا نسلم وجوب التساوي في شركة الابدان بل هي كمسئلتنا في جواز تفاضلهما ثم الفرق بينهما ان ذلك عقد واحد وهذان عقدان

تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيره بخلاف المضاربة، فان قال له اعمل برأيك أو تصرف كيف شئت فله البيع نساء وقال الشافعي ليس له ذلك لان فيه تغريرا أشبه مالو لم يقل له ذلك

ولنا أنه داخل في عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضاه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فاذا قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يضمنه الا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المنكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لانه فعل مالم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الاجنبي إلا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فهنا مثله ، ويحتمل كلام الخرقي صحة البيع فانه قال اذا باع المضارب نساء بغير إذن ضمن ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه وان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته اذا تعذر عليه استرجاعه بتلف المبيع او امتناع المشتري من رده اليه وان قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً لانه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا يتحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل ان يضمن الثمن لانه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، فعلى هذا ان نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وان قارض اثنان واحدا بألف لهما جاز واذا شرطا له ربحا متساويا منهما جاز وان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه وان شرطا كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان فاذا اشترطا التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءا من ربح ماله بغير عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) واذا شرطا جزءا من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لعبد أحدهما أو لعبديهما صح وكان ذلك مشروطا لسيده فاذا جعلا الربح بينهما وبين عبديهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاه لأجنبي أولولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع العامل صح وكانا عاملين، وان لم يشترطا عليه عملا لم تصح المضاربة وبهذا قال الشافعي وحكي عن أصحاب الرأي أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو لقريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ماشرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنبي لا يستحق شيئاً لانه إنما يستحق الربح بمال أو عمل وليس هذا واحدا منهما فما شرط لا يستحقه فيرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دراهم معلومة وإن قال لك

(فصل) وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو مذهب الشافعي لان في السفر تغريراً بالمال وخطراً ولهذا يروي: ان المسافر ومامعه على قلت الا ماوقى الله . أي هلاك ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالكه (والثاني) له السفر اذا لم يكن مخوفا قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهو قول مالك وحكي عن أبي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف الى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً أو حضرا ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فملك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق، فاما ان أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الامرين تعين ذلك وجاز مع الاذن وحرم مع النهي، وليس له السفر في موضع مخوف على كلا الوجهين وكذلك لو أذن له في السفر مطلقا لم يكن له السفر في طريق مخوف ولاالى بلد مخوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لانه تعدى بفعل ما ليس له فعله

(فصل) وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا ان يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فان فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص كالوكيل ولان الضرر ينجبر بضمان النقص ، قال شيخنا والقياس بطلان البيع وهو مذهب الشافعي لانه بيع لم يؤذن فيه اشبه بيع الاجنبي ، فعلى هذا ان تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضاً وان أمكن رده وجب ان كان باقياً أو

الثلثان على أن تعطي امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه

(فصل) والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح الا أنهما إذا أطلقاها ولم يذكرا الربح كان بينهما على قدر المالين ، وفي شركة الوجوه يكون على قدر ملكيهما في المشترى لان لهما أصلا يرجعان اليه ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة فانه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل لكون أحدهما من غير جنس الآخر فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الابدان فلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل لان عمل أحدهما من جنس عمل الآخر فقد تساويا في أصل العمل فيكون ذلك أصلا يرجع اليه ويحتمل أن لا يتقدر به لان العمل يقل ويكثر ويتفاضل ولا يوقف على مقداره بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (والوضيعة على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان مالهما متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وإن كان أثلاثا فالوضيعة أثلاثا لا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشترى سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشتريا به أو غير ذلك

قيمته ان تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها وورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده اما ما يتغابن الناس بمثله فلا يمنع منه لانه لا يمكن التحرز منه واما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يجيزه فيكون له وهذا ظاهر كلام الخرقي،وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع اني اشتريه لفلان فالبيع باطل أيضاً

(فصل) وهل له ان يبيع ويشتري بغير نقد البلد؟ على روايتين اصحهما جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضاً بعرض ويشتريه به فان قلنا لا يملك ذلك ففعل فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل، وان قال اعمل برأيك فله ذلك وهل له المزارعة يحتمل ان لا يملكها لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل الفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي يبتغى بها النماء فعلى هذا لو توى المال في المزارعة لم يلزمه ضمانه

والوضيعة في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء لان الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره وانما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الارض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)

وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزءا وعشرة دراهم بطلت الشركة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة وممن حفظنا ذلك عنه مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة وإنما لم يصح ذلك لمعنيين (أحدهما) أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءا وقد يربح كثيرا فيستضر من شرطت له الدراهم (والثاني) أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء

(فصل) وله ان يشتري المعيب اذا رأى المصلحة فيه لان المقصود الربح وقد يكون الربح في المعيب فان اشتراه يظنه سليما فبان معيبا فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الارش فان اختلف العامل ورب المال في الرد فطلبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيله فيحمل الامر على ما فيه الحظ، وأما الشريكان اذا اختلفا في رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساك نصيبه الا أن لا يعلم البائع ان الشراء لهما فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبعيض الصفقة عليه، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساك البعض فان حكمه حكم مالو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال) لان فيه ضرراً ولانه لاحظ للتجارة فيه فان اشتراه باذن رب المال صح لانه يصح شراؤه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه، وان كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه فان كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء اذا كان الثمن عينا لان العامل اشترى ما ليس له ان يشتريه فهو كما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف الى ما يمكن بيعه والربح فيه وليس هذا كذلك، وان كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فان فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء

فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به ولان العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح

(فصل) وإن دفع اليه ألفين مضاربة على أن كل واحد منهما ربع الف أو على أن لاحدهما ربح أحد الثوبين او ربح احدى السفرتين او ربح تجارته في شهر أو عام بعينه ونحو ذلك فسد الشرط والمضاربة لانه قد يربح في ذلك المعين دون غيره وقد يربح في غيره دونه فيختص أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافا وان دفع اليه الفا وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وابو ثور يجوز لان نصف ربحه هو ربح نصفه فجاز شرطه كما لو عبر عنه بعبارته الاخرى. ولنا أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض وكذلك جعل الاخر فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولانه يمكن ان يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الاخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراده بربح شيء من المال

(مسئلة) (قال والمضارب اذا باع بنسيئة بغير امر ضمن في إحدى الروايتين والاخرى لا يضمن)

وجملته ان المضارب وغيره من الشركاء اذا نص له على التصرف فقال نقدا أو نسيئه أو قال بنقد

لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه ويعتق على رب المال وتنفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل الضمان على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ، ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته في أحد الوجهين لان الملك ثبت فيه ثم تلف أشبه مالو أتلفه بفعله والثاني يضمن الثمن الذي اشتراه به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يعلم العامل أنه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به فلم يضمن كما لو اشترى معيباً لم يعلم عيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

(مسئلة) (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها)

لانه ملكها فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق ؟ فيه وجهان يذكران فيما بعد إن شاء الله تعالى ، فان قلنا يلزمه رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع ، وإن اشترى زوج ربة المال صح وانفسخ النكاح لانها ملكت زوجها. وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إلا أن يكون باذنها لان الاذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وهذا الشراء يضرها لانه يفسخ نكاحها وتسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كشراء أبيها ولنا انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبياً ولا ضمان على العامل فيما

البلد أو ذكر نقدا غيره جاز ولم تجز مخالفته لانه متصرف بالاذن فلا يتصرف في غير ما اذن له فيه كالوكيل ولان ذلك لا يمنع مقصود المضاربة وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة، وإن اطلق فلا خلاف في جواز البيع حالا، وفي البيع نسيئة روايتان (احداهما) ليس له ذلك وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يجز له البيع نسيئة بغير اذن صريح فيه كالوكيل ، وذلك لان النائب لايجوز له التصرف الا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تغرير بالمال وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كانه قال بعه حالا (والثانية) انه يجوز له البيع نساء وهو قول ابي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصد به الربح والربح في النساء اكثر ويفارق الوكالة المطلقة فانها لا تختص بقصد الربح وانما المقصود تحصيل الثمن فحسب فاذا امكن تحصيله من غير خطر كان اولى ولان الوكالة المطلقة في البيع تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيره بخلاف المضاربة وان قال له اعمل برأيك فله البيع نساء وكذلك اذا قال له تصرف كيف شئت وقال الشافعي ليس له البيع نساء في الموضعين لان فيه غررا فلم يجز كما لو لم يقل له ذلك. ولنا انه داخل في عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فاذا قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لايلزمه ضمانه الا ان يفرط ببيع من لا يوثق به او من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لانه فعل

يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود الى المضاربة وانما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه فى الذمة أو بعين المال .

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته ومافي يديه وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق الى الغرماء لانه الذي أتلف عليهم بالعتق وان نهاه عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالاذن وقد زال بالنهي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من يصح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالاجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لايصح لان فيه اتلافاً على السيد فان إذنه يتناول مافيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف ، وفارق عامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح؟ على وجهين أيضاً كشراء من يعتق بالشراء

(مسئلة) (وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء)

فان لم يظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لانه مالكه وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان : (أحدهما) لايعتق وهو قول أبي بكر لانه لم يتم ملكه عليه لكون الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق

مالم يؤذن له فيه فاشبه البيع من الاجنبي الا على الرواية التى تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فههنا مثله ويحتمل قول الخرقي صحة البيع فانه إنما ذكر الضمان ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه فان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه إما لتلف المبيع او امتناع المشتري من رده اليه، وإن قلنا بصحته احتمل ان يضمنه بقيمته ايضا لانه لم يفت بالبيع اكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل ان يضمن الثمن لانه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وليس له السفر بالمال في احد الوجهين وهو مذهب الشافعي لان في السفر تغريراً بالمال وخطرا ولهذا يروى : ان المسافر وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى . اي هلاك ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالكه والوجه الثاني له السفر به اذا لم يكن مخوفا قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهذا قول مالك ويحكى ذلك عن ابي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفرا وحضرا ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فملك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق. فأما إن اذن في السفر او نهى عنه

لذلك (والثاني) يعتق بقدر حصته من الربح ان كان معسراً ويقوم عليه باقيه ان كان موسراً لانه ملكه بفعله فعتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسعى في بقيته ان كان معسراً ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا انهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشريكي العنان

(فصل) وليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ماتناول أكثر منه فاذا كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشترى بمال يستحق تسليمه في البيع الاول، وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره بغير إذنه في شرائه فوقع له وهل يقف على إجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنحو ماذكرنا

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا فان فعل فعليه المهر والتعزير وان علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له لذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو ذلك قال سفيان واسحاق وقال القاضي إن لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطىء في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص

أو وجدت قرينة دالة على احد الامرين تعين ذلك وثبت ما امر به وحرم مانهي عنه ،وليس له السفر في موضع مخوف على الوجهين جميعا وكذلك لو اذن له في السفر مطلقا لم يكن له السفر في طريق مخوف ولا الى بلد مخوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لانه متعد بفعل ماليس له فعله ، وان سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الراي ينفق من المال بالمعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته منه كأجر الحمال . ولنا ان نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطب ولانه دخل على انه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولانه لو استحق النفقة افضى الى أن يختص بالربح اذا لم يربح سوى ما انفقه ، فاما إن اشترط له النفقة فله ذلك وله ماقدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره قال احمد في رواية الاثرم احب الي أن يشترط نفقة محدودة وان أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكول ولا كسوة له قال أحمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي قال لا انما له النفقة وان كان سفره طويلا يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لانه قيل له فلم يشترط الكسوة الا انه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى كسوة فقال إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول

عن احمد أن عليه التعزير فقط لان ظهور الربح ينبني على التقويم وهو غير متحقق لاحتمال أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد فانه يدرأ بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها ملكه فان أحبلها صارت أم ولد له وولده حر لذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه وليس لواحد منهما تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبة العبد لذلك وان اتفقا عليه جاز لان الحق لهما

(فصل) وليس للمضارب دفع المال مضاربة بغير اذن نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبدالله ، وخرج القاضي وجهين في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل ولا يصح هذا التخريج والقياس لانه انما دفع اليه المال هنا ليضارب به ودفعه الى غيره مضاربة يخرجه عن كونه مضارباً له بخلاف الوكيل ولان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولايجوز ايجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا يعلم عن غيرهم خلافهم فان فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبوجعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن تلف أو تعذر رده فان طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم الحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على

أو ملبوس بالمعروف ، وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب احمد الى تقدير النفقة لان الاسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر، فان اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت الى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة الى أقل ملبوس مثله فان كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين لان النفقة انما كانت لاجل السفر والسفر للمالين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما الا ان يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر الى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر اما بذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع الى بلده لم يكن له لانه انما يستحق النفقة ماداما في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه، وقد قيل له ذلك لانه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره الى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا انه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فاذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(فصل) وحكم المضارب حكم الوكيل في انه ليس له ان يبيع بأقل من ثمن المثل ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فان فعل فقد روي عن أحمد ان البيع يصح ويضمن النقص لان الضرر ينجبر بضمان النقص، والقياس ان البيع باطل وهو مذهب الشافعي لانه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه بيع الاجنبي، فعلى هذا ان تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا وان أمكن رده وجب رده ان كان باقيا

وجه الامانة وإن علم رجع عليه لانه قبض مال غيره على سبيل العدوان وقد تلف تحت يده فاستقر عليه ضمانه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول وإن لم يعلم فكذلك في أحد الوجهين لان التلف حصل بيده فاستقر الضمان عليه ، والثاني يرجع عليه لانه غره أشبه المغرور بحرية أمة وان ربح فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الاول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجرة مثله ؟ على روايتين (احداهما) له ذلك لانه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) لا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير إذن أشبه الغاصب، وفارق المضاربة لانه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة يكون الربح له لانه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع الشراء فيه لغيره فأشبه مالو ينقد الثمن من مال المضاربة، قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ويحتمل أنه إن كان عالما بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على الغاصب الاول لانه غره واستعمله بعوض لم يسلم له فكان أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب إلى آخر على أن لرب المال النصف والنصف الاخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لان رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع

أو قيمته ان كان تالفا ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده وأما مايتغابن الناس بمثله فغير ممنوع منه لانه لا يمكن التحرز منه وأما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يجيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الخرقي، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وان صرح للبائع انني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضا

(فصل) وهل له ان يبيع ويشتري بغير نقد البلد؟ على روايتين (الاولى) جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضا بعرض ويشتريه به فان قلنا لا يملك ذلك ففعله فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل وإن قال له اعمل برأيك فله ذلك وهل له الزراعة ؟ يحتمل أن لا يملك ذلك لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل ألفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي يبتغى بها النماء وعلى هذا لو توى المال كله في المزارعة لم يلزمه ضمانه

(فصل) وله ان يشتري المعيب اذا رأى المصلحة فيه لان المقصود الربح وقد يكون الربح في المعيب

اليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول الشافعي القديم وليس هذا موافقا لاصول المذاهب ولا لنص احمد فان احمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منهما والثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ماشرطه له غيره كما لو دفع اليه الغاصب مضاربة ولانه لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى .

(فصل) فان أذن رب المال في ذلك جاز نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافاً ويكون المضارب الاول وكيل رب المال في ذلك فان دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً وإن شرط لنفسه شيئاً منه لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل والربح انما يستحق لواحد منهما فان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه لانه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لان قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة ولهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه

(فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمنه لانه أمانة فهو كالوديعة فان قال له اعمل برأيك جاز ذلك وهو قول مالك والثوري واصحاب الرأي وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله لان ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله أعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا ان يقول له اعمل برأيك فيملكها

فان اشتراه يظنه سليما فبان معيبا فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب او امساكه وأخذ ارش العيب فان اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الامر على ما فيه الحظ وأما الشريكان اذا اختلفا في رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر امساك نصيبه الا أن يكون البائع لم يعلم ان الشراء لهما جميعاً فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجز ادخال الضرر على البائع بتبعيض الصفقة عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وامساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه لان عليه فيه ضررا فان اشتراه باذن رب المال صح لانه يجوز أن يشتريه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه لانه قد تلف ويكون محسوبا على رب المال فان كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة وإن كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه وان كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لان العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة مالو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة انما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة وان فعل ضمن وبهذا قال الشافعي

(فصل) وليس له شراء خمر ولا خنزير سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما فان فعل فعليه الضمان وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه لانه يبيع ماليس بملك له ولا لموكله

ولنا أنه ان كان العامل مسلماً فقد اشترى خمراً ولا يصح ان يشتري خمراً ولا يبيعه وان كان ذمياً فقد اشترى للمسلم مالا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلم يصح شراؤها له كالخنزير والميتة ولان مالا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم وكلما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع في إحداهما منع منه في الاخرى لان المضاربة شركة ومبنى كل واحد منهما على الوكالة والامانة

﴿ مسئلة ﴾ (وليس للمضارب أن يضارب لآخر اذا كان فيه ضرر على الاول فان فعل رد نصيبه من الربح في شركة الاول)

وجملة ذلك أنه اذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر باذن الاول جاز وكذلك ان لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه فان كان فيه ضرر على الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الاول أو يكون المال الاول كثيراً

وأكثر الفقهاء. وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه ويعتق على رب المال وتنفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان (أحدهما) قيمته لان الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبه ما لو أتلفه بفعله (والثاني) الثمن الذي اشتراه به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان مافرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يكن العامل عالما بانه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وان علم

(فصل) وان اشترى امرأة رب المال صح الشراء وانفسخ النكاح فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان ذكرناهما في غير هذا الموضع فان قلنا يلزمه رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع وان اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء اذا كان بغير اذنها لان الاذن انما يتناول شراء مالها فيه حظ وشراء زوجها يضربها لانه يفسخ نكاحها ويضر بها ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كشراء ابنها

متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك

ولنا أن المضاربة على الحظ والنماء فاذا فعل ما يمنعه لم يجز له كما لو أراد التصرف بالغبن وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا ان فعل وربح رد الربح في شركة الاول وليقسمانه فينظر ماربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول فأما حصة رب المال الثاني من الربح فيدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولانا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني ولم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ولانه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله وان حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط قال شيخنا : والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الاولى من ربح الثانية شيئاً لانه انما يستحق بمال أو عمل ولم يوجد واحد منهما وتعدي المضارب انما هو بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وذلك لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجر نفسه أو ترك

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى اجنبيا ولا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ويسقط من النفقة لان ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الغرماء لانه الذي أتلف عليهم بالعتق وإن نهاه عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالاذن وقد زال بالنهي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالاجنبي وهذا قول أبي حنيفة اذا اذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافا على السيد فان اذنه يتناول مافيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق عامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح على وجهين أيضا كشراء من يعتق بالشراء

(فصل) وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء فان لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لانه ما ملكه وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتق وهو قول أبي

التجارة للغب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ولانه لو أوجب عوضا لاوجب شيئاً مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) فان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة لم يجز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وان لم يكن على الاول ضرر لقول أحمد اذا اشترط النفقة صار أجيراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة فانها تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل له وان كانت لا تشغله قال مايعجبني أن يكون إلا باذن صاحب المضاربة فانه لا بد من شغل قال شيخنا هذا والله اعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه، وان أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه واتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له

(فصل) اذا أخذ من رجل مائة قراضاً ثم أخذ من آخر مثلها فاشترى بكل مائة عبداً فاختلط العبدان ولم يتميزا اصطلحا عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فانثالت عليها أخرى، وذكر القاضي في ذلك وجهين أحدهما يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين والثاني يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين والاول أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب

بكر لانه لم يتم ملكه عليه لان الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لذلك (والثاني) يعتق بقدر حصته من الربح ان كان معسرا ويقوم عليه باقيه إن كان موسرا لانه ملكه بفعله فيعتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسعى في بقيته ان كان معسرا

ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كالو كان الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعدظهور الربح لم يصح في أحدالوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشريكي العنان

(فصل) وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فان كان رأس المال الفا فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره مالم يأذن له في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنحو ماذكرنا

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فعليه المهر والتعزير، إن علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له كذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو هذا

ولانا لو جعلناها للمضارب أدى الى أن يكون تفريطه سببا لانفراده بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناهما شريكين أدى الى ان يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له مال ولا عمل

(فصل) اذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع واياس والشعبي والنخعي وحماد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لاضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري

ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي، وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي ان اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وان اشترى بعين المال فالشراء باطل في احدى الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازه صح والا بطل والمذهب الاول نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يروانه يتصدق بالربح الا حنبل

قال سفيان واسحاق وقال القاضي ان لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطيء في غير ملك ولاشبهة ملك والمنصوص عن احمد أن عليه التعزير لان ظهور الربح ينبني على التقويم والتقويم غير متحقق لانه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد لانه يدرأ بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها ان كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها مملوكته وان علقت منه صارت أم ولده وولده حر كذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

(فصل) واذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليتسرى بها خرج ثمنها من المضاربة وصار قرضاً في ذمته لان استباحة البضع لاتحصل الا بملك لقول الله تعالى إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم .

(فصل) وليس لواحد منهما تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبة العبد لذلك فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لهما لايخرج عنهما.

(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله قال إن أذن له رب المال وإلا فلا ، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل ممتنع لوجهين (أحدهما) أنه إنما

واحتج أحمد بحديث عروة البارقي وهو ماروى أبو الوليد عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة » فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فجئت بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وكيف صنعت؟ » فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » رواه الاثرم ولانه نماء مال غيره بغير إذن مالكه فكان لمالكه كما لو غصب حنطة فزرعها ، فاما المضارب ففيه روايتان (احداهما) لا شيء له لانه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضا كما لو عقده باذنه ، وفي قدر الاجر روايتان (احداهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما أمر به ، فان قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ونقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بعين المال فعلى روايتين

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ماجرت العادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيه

دفع اليه المال ههنا ليضارب به وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل (الثاني) ان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز إيجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبوحنيفة والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فان فعل فلم يتلف المال ولاظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولاشيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان تالفاً أو تعذر رده ، فان طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على وجه الأمانة وإن علم بالحال رجع عليه لانه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الاول ،وإن لم يعلم فهل يرجع على الاول؟ على وجهين (أحدهما) يرجع عليه لانه غره فأشبه مالو غره بحرية أمة (والثاني) لا يرجع لان التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه وإن ربح في المال فالربح لمالكه ولا شيء للمضارب الاول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجر مثله؟ على روايتين (احداهما) له ذلك لانه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له اجر مثله كالمضاربة الفاسدة والثانية لا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالغاصب، وفارق المضاربة لانه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه اذا اشترى في الذمة يكون الربح له لانه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبه مالو لم ينقد

وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه واحرازه ونحو ذلك ولا أجر له عليه لانه استحق الربح في مقابلته وان استأجر من يفعل ذلك فالاجر عليه خاصة لان العمل عليه فاما مالا يليه في العادة كالنداء على المتاع ونقله الى الخان فليس على العامل عمله وله ان يكتري من يعمله نص عليه أحمد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فان فعل العامل مالا يلزمه متبرعا فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه اجراً فنص احمد على أنه لاشيء له، وخرج أصحابنا وجها أن له الاجر بناء على الشريك اذا انفرد بعمل لايلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله ،قال شيخنا والصحيح أنه لاأجر له في الموضعين لانه عمل في مال غيره عملا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالاجنبي

(فصل) وإذا غصب مال المضاربة أو سرق فهل للمضارب المطالبة به ؟على وجهين (احدهما) ليس له ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الخصومة (والثاني) له ذلك لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائباً عن رب المال فانه حينئذ لا يكون مطالبا به الا المضارب فان تركه ضاع ، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال ضمن لأنه ضيعه وفرط فيه فأما ان كان رب المال حاضراً وعلم الحال فانه لايلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

الثمن من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل انه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستعمله بعوض لم يحصل له فوجب أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن كان اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب الى آخر على أن يكون لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لان رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا موافقا لأصول المذهب ولا لنص احمد فان احمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة الا بواحد منهما والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه اليه الغاصب مضاربة ولانه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير اذنه أولى

(فصل) وان أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافا ويكون العامل الاول وكيلا لرب المال في ذلك فاذا دفعه الى آخر ولم يشرط لنفسه شيئا من الربح كان صحيحا وان شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل

(فصل) واذا اشترى المضارب عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر لرب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مثل رأس المال او أقل او اكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على ما شرطاه لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ماتقدم

(مسئلة) (وليس لرب المال ان يشتري من مال المضاربة شيئا لنفسه وعنه يجوز)

اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئا لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهوقول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة لانه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه كما لو اشترى من مكاتبه .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولا تجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه

(مسئلة) (وكذلك شراء السيد من عبده المأذون)

لما ذكرنا ويحتمل ان يصح اذا استغرقته الديون لان الغرماء يأخذون ما في يده ولان الدين اذا تعلق برقبته

والربح أنما يستحق بواحد منها وان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه لانه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لان قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله اذنه

(فصل) وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمنه لانه أمانة فهو كالوديعة فان قال له اعمل برأيك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان ان فعله لان ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصلح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها الا أن يقول اعمل برأيك فيملكها

(فصل) وليس له ان يشتري خمرا ولا خنزيرا سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما والاخر ذميا فان فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر وبيعه اياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به، وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها لان الملك فيها ينتقل الى الوكيل ولا يصح بيعه لانه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله

ولنا انه ان كان العامل مسلما فقد اشترى خمرا ولا يصح ان يشتري خمرا ولا يبيعه وان كان ذميا فقد اشترى للمسلم ما لا يصح ان يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلا يصح شراؤها له كالخنزير والميتة لان مالا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم وكل ما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع منه في أحدهما منع منه في الاخرى لان المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والامانة

صار مستحقا للغرماء فصح شراء السيد منه كبقية الغرماء والاول اولى لان ملك السيد لم يزل عنه وان تعلق حق الغرماء به كالعبد الجاني

(فصل) فان اشترى المضارب من مال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح نص عليه احمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لانه شريك

ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كشراء الوكيل من موكله وانما يكون شريكا اذا ظهر الربح لانه انما شارك في الربح دون أصل المال فان ظهر ربح فشراؤه كشراء أحد الشريكين من شريكه

(مسئلة) (وان اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح)

لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه ان لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس وان علما كيله فلا بد من كيله يعني ان من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وان باعه إياه بالكيل والوزن جاز

(مسئلة) (وان اشترى الجميع بطل في نصيبه لانه ملكه)

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الاول فان فعل وربح رده في شركة الاول)

وجملة ذلك انه اذا أخذ من انسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الاول جاز وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف وان كان فيه ضرر على رب المال الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج الى ان يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الاول ويكون المال الاول كثيرا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز له ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالاجير المشترك ولنا ان المضاربة على الحظ والنماء، فاذا فعل ما يمنعه لم يكن له كما لو أراد التصرف بالعين، وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا اذا فعل وربح رد الربح في شركة الاول ويقتسمانه فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول، فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولانا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد شرط الاول النصف والثاني الثلث، ولانه لا يخلو اما ان يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله وان حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط، والنظر يقتضي ان لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئا لانه انما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل وتعدي

وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ويتخرج أن يصح في الجميع بناء على صحة شراء رب المال من مال المضاربة

(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليحرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز نص عليه أحمد في رواية صالح وان استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز لان ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كالاجنبي، وفيه رواية أخرى لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة، والدار والغرائر لا يعتبر فيها ايقاع العمل إنما يجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه

(مسئلة) (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر)

المضارب انما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه او آجر نفسه او ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم او غير ذلك ولو اوجب عوضا لاوجب شيئاً مقدرا لايختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) وان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة فكلمه رجل في أن يأخذ له بضاعة او مضاربة ولا ضرر فيها فقال احمد اذا اشترط النفقة صار أجيرا له فلا يأخذ من أحد بضاعة فانها تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل فان كانت لا تشغله ؟ فقال ما يعجبني ان يكون إلا باذن صاحب المضاربة فانه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه

(فصل) وان اخذ من رجل مضاربة ثم اخذ من آخر بضاعة او عمل في مال نفسه او اتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه

(فصل) اذا أخذ من رجل مائة قراضا ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبدا فاختلط العبدان ولم يتميزا فانهما يصطلحان عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فانثالت عليه أخرى وذكر القاضي في ذلك وجهين (أحدهما) يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين (والثاني) يكونان للعامل وعليه اداء رأس المال ، والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين ، والاول أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب ولا تا لو جعلناهما للمضارب أدى الى أن يكون تفريطه سبباً لانفراده بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناهما شريكين أدى الى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له فيه مال ولا عمل .

وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال المعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمال

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطيب لانه دخل على أنه لا يستحق من الربح الا الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولانه لو استحق النفقة أفضى الى أن يختص بالربح اذا لم يربح سوى النفقة ،فأما ان شرط له النفقة صح وله ذلك لقول رسول الله ﷺ « المؤمنون على شروطهم» فان قدر له ذلك فحسن لان فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف قال أحمد في رواية الاثرم أحب إلي ان يشترط نفقة محدودة وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره وان أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكول خاصة ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي؟ قال لا انما له النفقة، فان كان سفره طويلا يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لانه قيل

(فصل) اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نهي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع واياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري

ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع ،وعن احمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد قال القاضي قول احمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي وقال اياس بن معاوية ومالك الربح على ماشرطاه لانه نوع تعد فلا يمنع كون الربح بينهما على ماشرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي إذا اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وإن اشترى بعين المال فالشراء باطل في احدى الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازه صح وإلا بطل،والمذهب الاول نص عليه احمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يرو أنه يتصدق

له فلم يشترط الكسوة الا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى الكسوة؟فقال اذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول وملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد الى تقدير النفقة لان الاسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر

(مسئلة) (فان اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت الى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة الى أقل ملبوس مثله لانه العادة فينصرف الاطلاق اليه كما انصرف اليه في الاطعام في الكفارة ،فان كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين لانها لاجل السفر والسفر للمالين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما الا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر الى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر في ذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فاخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع الى بلده لم يكن له ذلك لانه إنما استحق النفقة ماداما في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه وقيل له ذلك لانه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغره بتسفيره الى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فاذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(مسئلة) (فأذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضاً نص عليه أحمد لان البضع لا يباح الا بملك أو نكاح لقوله سبحانه (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين)

بالربح إلا حنبل واحتج احمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو لبيد عن عروة بن الجعد قال : عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» فاتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أوأقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منها شاة بالدينار فجئت بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله ﷺ هذا دينارکم وهذه شاتكم قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولانه نماء مال غيره بغير اذن مالكه فكان لمالكه كما لو غصب حنطة فزرعها، فاما المضارب ففيه روايتان (احداهما) لاشيء له لانه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر والثانية له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده باذن وفي قدر الاجر روايتان (احداهما) أجر مثله مالم يحط بالربح لانه عمل مايستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى او أجر المثل لانه ان كان الاقل المسمى فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان الاقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما رضي به وان قصد الشراء لنفسه فلا

ولم يوجد النكاح فتعين الملك ويخرج ثمنها من المضاربة ويكون قرضاً في ذمته لما ذكرنا

(مسئلة) (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال) يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في الاخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافا

(فصل) وفي ملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة روايتان (إحداهما) يملكه ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لايملكه ذكرها أبو الخطاب وهو قول مالك وللشافعي قولان كالروايتين واحتج من لم يملكه بانه لو ملكه لاختص بربحه ولوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان، ووجه الاول ان الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو ان يكون له جزء من الربح فاذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقي حصته من الثمرة بظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولانه مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمتنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط مايخالف مقتضاه، قال أحمد في المضارب يطأ جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وفيه دليل على انه يملك الربح بالظهور وهذا ظاهر المذهب

(فصل) إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس

أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بعين المال فعلى روايتين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ماجرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه واحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لانه مستحق للربح في مقابلته فان استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة لان العمل عليه، فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله الى الخان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يعمله نص عليه أحمد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه الى العرف فان فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعا فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضا في المنصوص عن أحمد وخرج أصحابنا وجها ان له الاجر بناء على الشريك اذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك ؟ على روايتين وهذا مثله، والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين لانه عمل في مال غيره عملا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالاجنبي

(فصل) واذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والمخاصمة فيه في أحد الوجهين وفي

المال بالخسران لانه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينتقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية اتساع درهم فان كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع ولذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحقها من الربح ثلاثة وثلث، ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقي نصفه وان كان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلث لانه أخذ ربع المال وسدسه بقي ثلثه وربعه وهو ماذكرنا فان أخذ ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته اياه وقد أخذ منه الربح عشرة لان سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وإن لم يرد الاربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

﴿ مسئلة ﴾ (فان اشترى سلعتين فربح في احداهما وخسر في الاخرى أو تلفت جبرت الوضيعة من الربح)

اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا الا بعد كمال الالفين وبه قال الشافعي الا فيما

الآخر ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة والاول أولى لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائبا عن رب المال إما لسفر المضارب أو رب المال فانه لا يطالب له الا المضارب فان تركه ضاع، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه، وان كان رب المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

(فصل) واذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر الى رب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على شرطهما لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

اذا تلف أحد العبدين فان أصحابه ذكروا فيه وجها ثانيا ان التالف من رأس المال لانه بدل أحد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان من رأس المال فكذلك بدله

ولنا ان تلفه بعد ان دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال ديناراً فاشترى به سلعتين ولانهما سلعتان تجبر خسارة احداهما بربح الأخرى فجبر تلفها به كما لو كان رأس المال ديناراً واحدا ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا

(مسئلة) (وان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة)

وكان رأس المال الباقي خاصة وقال بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي ان التالف من الربح لان المال انما يصير قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف أو بعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح

(فصل) إذا دفع اليه ألفا مضاربة ثم دفع اليه ألفا آخر واذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعهما اليه جميعاً، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لان حكم الاول استقر وكان ربحه وخسرانه مختصا فضم الثاني اليه يوجب جبر خسران أحدهما بربح الآخر فاذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نض الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن في ضم الثاني الى الاول لم يجز نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول

ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه فلا يجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال)

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في أخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافا ، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهبا وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه الا بالقسمة وهو مذهب مالك وللشافعي قولان كالمذهبين واحتج من لم يملكه بانه لو ملكه لاختص بربحه ولوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فاذا وجد يجب أن يملكه

(مسئلة) (وان تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة به فهي له وثمنها عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يجيزه رب المال)

وذلك لانه اشتراها في ذمته وليست من مال المضاربة فاختصت به لانه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستدينا على غيره والاستدانة على الانسان بغير إذنه لاتجوز، فان أجازه رب المال جاز في إحدى الروايتين والثمن عليه لان من اشترى شيئا لغيره بغير اذنه وقف على إجازته فان أجازه فهو له والا فهو للمشتري وهذا كذلك، والثانية هو للعامل على كل حال لان هذا زيادة في مال المضاربة فلا تجوز

(مسئلة) (فان تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال)

لانه دار في التجارة ويصير رأس المال هذا الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هو التالف حكي عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء فلو اشترى عبدين بمائة فتلف أحدهما وباع الآخر بخمسين فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين لان رب المال أخذ نصف المال الموجود فسقط نصف الجبران، ولو لم يتلف العبد وباعها بمائة وعشرين فأخذ رب المال ستين ثم خسر العامل فيما معه عشرين فله من الربح خمسة لان سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقي ويبقى رأس المال خمسين فان اقتسما الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخذه وبقي رأس المال تسعين لان العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال

بحكم الشرط كما يملك المساقي حصته من الثمرة لظهورها وقياسا على كل شرط صحيح في عقد ولان هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ورب المال ولا يملكه اتفاقا ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحمد اذا وطيء المضارب جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وان ظهر فيه ربح فهي أم ولده وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور

(فصل) واذا دفع الى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فان الخسران لا ينقص به رأس المال لانه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم ويبقى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أتساع درهم

(فصل) ومهما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسرانه من ربحه وان اقتسما الربح قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد الوضيعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا يجبر به وضيعة الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع فحتى يحتسبا حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض؟ قال يظهر المال يعني ينض ويجيء فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب قيل لاحمد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه مافوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها فى هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح وأخذ أحدهما شيئا باذن الآخر والمضاربة بحالها ثم خسر المضارب رد ما أخذ من الربح لانا تبينا انه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (واذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء الا بأذن رب المال)

لا نعلم في هذا بين اهل العلم خلافا لثلاثة امور، أحدها ان الربح وقاية لرأس المال فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابرا له فيخرج بذلك عن كونه ربحا، الثاني ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه الثالث، ان ملكه غير مستقر عليه لانه بعرض ان يخرج عن يديه لجبران خسارة المال فان اذن رب المال في ذلك جاز لان الحق لا يخرج عنهما

(مسئلة) (واذا طلب العامل البيع فابى رب المال أجبر ان كان فيه ربح وإلا فلا)

وان كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وان كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع وكذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقي نصف المال وان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلثا لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه وهو ما ذكرناه، وان أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما اخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر ربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته إياه، وقد اخذ من الربح عشرة لان سدس ما اخذه ربح فكانت العشرة بينهما وان لم يرد الاربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي راس المال خمسة وعشرين

وجملة ذلك ان المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ احدهما ايهما كان وبموته والحجر عليه لسفه كالوكالة ، ويستوي في ذلك ما قبل التصرف وبعده فان انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه فان كان فيه ربح قسماه على ما شرطا فان انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه او قسمه جاز لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه وان طلب العامل البيع فابى رب المال وقد ظهر في المال ربح اجبر رب المال على البيع وهذا قول الثوري واسحاق لان حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم فيه وجه آخر أنه يجبر لانه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ ولنا أن المضارب انما استحق الربح إلى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك إلى مستحق الارض ؟ فههنا أولى وما ذكروه من احتمال الزيادة بزيادة راغب على القيمة فانما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل

(مسئلة) (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك)

أما إذا رضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً فله ذلك لانه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بثمنها الذي يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل عليه وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح وأسقط العامل حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كما لو كان عرضاً على ما شرح وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح .

(فصل) اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في احدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وابو حنيفة لانه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه وكما لواشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين

ولنا انه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكيه، وله اخذ مافيه شفعة بها، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ويحتمل ان يصح اذا استغرقته الديون لان الغرماء يأخذون مافي يده والصحيح الاول لان ملك السيد لم يزل عنه وان استحق اخذه كمال المفلس

(فصل) وان اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح نص عليه أحمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لانه شريك. ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكا

(مسئلة) (وإن كان دينا لزم العامل تقاضيه) سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يلزمه إلا أن يظهر ربح لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

ولنا أن المضاربة تقتضي رد المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح وكما لو كان رأس المال عرضاً، ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليهما على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلى حقه لا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) إذا مات أحد المتقارضين أو جن انفسخ القراض وقد ذكرناه فان كان برب المال فأراد الوارث أو وليه اتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاع وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف؛ وإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه فظاهر كلام احمد جوازه لانه قال في رواية علي بن سعيد إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ويشتري إلا باذن الورثة، فظاهر هذا إبقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه فى العروض لانه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي؟ وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض، قال شيخنا وهذا الوجه أقيس لان المال لو كان ناضاً كان ابتداء قرض وكانت حصة العامل من الربح شركة يختص بها دون رب المال

اذا ظهر ربح لانه إنما يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سنذكره

(فصل) وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لانه ملكه وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، وتتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وان اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: ان لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس وان علما كيله فلا بد من كيله يعني ان من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وان باعه إياه بالكيل والوزن جاز

(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليحرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز نص عليه أحمد في رواية صالح، وان استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه روايتان (إحداهما) الجواز لان ما جاز ان يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كال الاجنبي (والاخرى)

وإن كان المال ناقصاً بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة المضاربة من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصاً، وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد محمول على أنه يبيع ويشتري باذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض، فاما إن مات العامل أو جن وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو وليه والمال ناض جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال، وإن كان عرضاً لم يجز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لان الذي كان منه العمل قد جن أو مات وذهب عمله ولم يخلف أصلا يبني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فان مال القراض موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه فان لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد وارثه فاذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليبيعه فان كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ واما البيع فالحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انفسخت المضاربة ورب المال حي

(مسئلة) (وان قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجر المثل)

إذا قارض في مرضه صح لانه عقد يبتغى فيه الفضل أشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له وإن زاد على أجر مثله ولا يحتسب به من ثلثه لان ذلك غير مستحق من رب المال وإنما حصل بعمل المضارب فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ولا يزاحم به أصحاب الوصايا لانه لو أقرض المال كان الربح كله للمقترض فبعضه أولى وهذا بخلاف مالو حابى الاجير في الاجرة فانه يحتسب بما حاباه من ثلثه لان الاجر يؤخذ من ماله، ولوشرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا

لايجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لاتجب الاجرة ، والدار والغرائر لا يعتبر فيهما ايقاع العمل انما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا اشترى سلعتين فربح في احداهما وخسر في الاخرى جبرت الوضيعة من الربح) .

وجملته انه اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبدا فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا إلا بعد كمال الالفين وبهذا قال الشافعي الا فيما اذا تلف احد العبدين فان اصحابه ذكروا فيه وجها ثانيا ان التالف من راس المال لانه بدل احد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان رأس المال فكذلك بدله، ولنا انه تلف بعد ان دار في القراض وتصرف

يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة من عينه والربح لايخرج من عين المال إنما يحصل بالتقليب

(مسئلة) (ويقدم به على سائر الغرماء اذا مات رب المال) لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكا فيه ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان متقدماً على المتعلق بالذمة كحق الجناية أو كالمرتهن

(مسئلة) (وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته)

وكذلك الوديعة ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن في ذمته وهو حي ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل أن يكون المال قد هلك

ولنا أن الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان ديناً كالوديعة اذا لم يعرف عينها وكما اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد مايعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من التركة لانه يحتمل أن تكون غير مال المضاربة فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

(فصل) قال رضي الله عنه (والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران) لانه متصرف في مال غيره باذنه لايختص بنفعه أشبه الوكيل بخلاف المستعير فان قبضه لمنفعته خاصة والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو بعضه أو خسارة فيه ولا ضمان عليه في ذلك كالوكيل والقول قوله فيما يدعى عليه من خيانة أو تفريط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للقراض لان الاختلاف ههنا في نيته وهو أعلم بها لايطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولانه امين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ،ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله لان الاصل عدم النهي ولا نعلم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في

في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال دينارا واحدا فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الاخرى فجبر تلفها به كما لو كان رأس المال دينارا ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا ، فاما ان تلف أحد الالفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف وكان رأس المال الباقي خاصة ، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي أن التالف من الربح ورأس المال الالفان معاً لان المال انما يصيره قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق مابعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح .

(فصل) وإذا دفع اليه الفا مضاربة ثم دفع اليه ألفا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصارا مضاربة واحدة كما لو دفعهما اليه مرة واحدة ، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لان حكم الاول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني اليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر ، فاذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نض الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن له في ضم الثاني الى الاول لم يجز له ذلك نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول

قدر رأس المال كذلك قال الثوري واسحاق واصحاب الراي حكاه عنهما ابن المنذر وقال اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم وبه نقول لانه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر

﴿ مسئلة ﴾ (والقول قول رب المال في رده اليه مع يمينه) نص عليه احمد ولاصحاب الشافعي وجهان احدهما كقولنا والآخر يقبل قول العامل لانه امين ولان معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع وينبغي ان يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذا كان بجعل ، ووجه الاول انه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول المنكر والمودع لا نفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال ممنوع وان سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه لم يأخذه لنفع رب المال .

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الجزء المشروط للعامل) اذا اختلفا فيما شرط للعامل ففيه روايتان (إحداهما)القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن منصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لان رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل والقول قول المنكر (والثانية)ان العامل ان ادعى أجر المثل أو ما يتغابن الناس به فالقول قوله لان الظاهر صدقه وان أدعى أكثر فالقول قول رب المال فيما زاد على أجر المثل كالزوجين اذا اختلفا في الصداق وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين

ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك

(فصل) قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد الوضيعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضيعة الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع اليه فحتى يحتسبا حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين ، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض ؟ قال يظهر المال يعني ينض ويجيء فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ، قال أبو طالب قيل لاحمد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح ؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف، ولو ان رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا باذن صاحبه والمضاربة بحالها ثم سافر المضارب به فخسر كان على المضارب رد ما أخذه من الربح لا نا تبينا انه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة

ولنا قول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولانه اختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه والمتبايعان يرجعان على رءوس اموالهما بخلاف ما نحن فيه

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بخمسة فأنكره رب المال وقال انما أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء باربعة فالقول قول العامل)

نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقيل القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته . ولنا أنهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي .

(مسئلة) (وان قال ربحت الفا ثم خسرتها أو تلفت قبل قوله) لانه أمين يقبل قوله فقبل في الخسارة كالوكيل :

(مسئلة) (وان قال غلطت أو نسيت لم يقبل قوله) لانه مقر بحق لآدمي فلم يقبل قوله في الرجوع عنه كما لو أقر بان رأس المال الف ثم رجع ولو ان العامل خسر فقال لرجل أقرضني ما أتمم به رأس المال لاعرضه على ربه فاني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فاقرضه فعرضه على رب المال فقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ،ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا شهادة المقرض له لانه يجر الى نفسه نفعاً وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لاغير

(فصل) وإذا قارض في مرضه صح لانه عقد يبتغى به الفضل فأشبه البيع والشراء وللعامل ما شرط له من الربح وان زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه لان ذلك غير مستحق من مال رب المال وانما حصل بعمل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حابى الاجير في الاجر فانه يحتسب بما حاباه من ثلثه لان الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل ان لا يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تحرج على ملكيهما كالربح في المضاربة واحتمل ان يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه والربح لا يخرج عن عين المال انما يحصل بالتقليب

(فصل) وإذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئا من نصيبه لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكا فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدما كحق الجناية ولانه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحق الرهن

(فصل) وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار دينا في ذمته ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل ان يكون المال قد هلك

(فصل) وإذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف فقال رب المال رأس المال ألفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف أنه ألف فالربح ألفان ونصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفان وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لان الآخر يصدقه يبقى خمسمائة ربحا بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانه أثلاثا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها وذلك لان نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) اذا دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي ربحه كله وقال رب المال كان قراضاً ربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسم الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرط له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله كما أن القول قول رب المال في ماله فاذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط إنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، فان أقام كل واحد منهما بينة

ولنا ان الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان دينا كالوديعة اذا لم تعرف عينها ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد مايعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عينا من هذا المال لانه يحتمل ان يكون من غير مال المضاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة

﴿مسئلة﴾ قال (واذا تبين للمضارب ان في يده فضلا لم يكن له أخذ شيء منه الا باذن رب المال)

وجملته ان الربح اذا ظهر في المضاربة لم يجز للمضارب اخذ شيء منه بغير إذن رب المال لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا وانما لم يملك ذلك لامور ثلاثة (أحدها) ان الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابراً له فيخرج بذلك عن ان يكون ربحا (الثاني) ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه (والثالث) ان ملكه عليه غير مستقر لانه بعرض ان يخرج عن يده بجبران خسارة المال وان أذن رب المال في أخذ شيء جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما

(فصل) وان طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممتنع لانه ان كان رب المال فلأنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح وان كان العامل فانه لا يأمن ان يلزمه رد

بدعواه فنص أحمد في رواية مهنا أنهما يتعارضان ويقسم المال بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلم يستحق زيادة وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضاً حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه وكان للعامل أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضاً وقال العامل كان قراضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) وإذا شرط المضارب النفقة ثم ادعى انه انفق من ماله واراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه او قد رجع الى مالكه وبه قال ابو حنيفة اذا كان المال في يديه وليس له ذلك بعد رده.

ولنا انه امين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقياً في يديه وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم

(فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه احدهما بامر الآخر بالف وقال له اقبض ثمنه وادعى المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبع برىء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرىء المشتري منه كما لو أقر بقبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري

ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وان تراضيا على ذلك جاز لان الحق لهما وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على ان يأخذ كل واحد منهما شيئا معلوما ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد اقل الامرين مما أخذه أو نصف خسران المال اذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق، وقال أبو حنيفة لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر اذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة ان المال لهما فجاز لهما ان يقتسما بعضه كالشريكين أو نقول أنهما شريكان فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي العنان

(فصل) والمضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه لانه متصرف في مال غيره باذنه فهو كالوكيل، ولا فرق بين ماقبل التصرف وبعده فاذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسما الربح على ماشرطاه، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لان الحق لهما لا يعدوهما، وان طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع وهو قول اسحاق والثوري لان حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وان لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على

فان خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبي من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعي بينة حكم بها ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجربها الى نفسه نفعاً وان خاصم البائع المشتري فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه يقر انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه وان كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجر بها الى نفسه نفعا ومن شهد شهادة يجر بها الى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتي قبلها وان لم يأذن له فيه لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي، ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع بقدر نصيبه لا غير لانه مقر ان شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه من غير يمين لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد نصيبه في

بيعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر على البيع لانه ربما زاد فيه زائد أو رغب فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ

ولنا أن المضارب إنما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن المستعير اذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك لانه مستحق للارض فههنا أولى وماذكروه من احتمال الزيادة بزيادة مزايد أو راغب على قيمته فانما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل، وان طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل على البيع وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لا يجبر اذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال فأشبه الوكيل اذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أودراهم فصار دنانير فهو كما لو كان عرضا على ما شرح، واذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه انما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه رأس ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح

(فصل) وان انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أولم يظهر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان ظهر ربح لزمه تقاضيه وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

صفقة، ويخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه، فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضاً أنه ما قبض منه شيئاً وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره، وإن خاصم المشتري شريك البائع وادعى عليه انه قبض الثمن منه وكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعاً ولا يدفع عنه ضرراً لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكر بعض أصحابنا، قال شيخنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري فاذا لم يكن بينة حلف اخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما

ولنا أن المضاربة تقتضي ردرأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضا ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لانه انما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليهما على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما الى حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) وأي المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض لانه عقد جائز فانفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل فان كان الموت أوالجنون برب المال فأراد الوارث أو وليه اتمامهوالمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة وهذهالاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف ، فان كان المال عرضا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية على بن سعيد اذا مات ربالمال لم يجز للعامل أن يبيع ولايشتري الا باذن الورثة، فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا اتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض انما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفاصلة الى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق .

الانتفاع دون الآخر ثم ان مالك نصفه والغاصب باعاالعبدصفقةواحدةصح في نصيبالمالك وبطل في نصيب الغاصب،وان وكل الشريك الغاصب او وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبدكلهصفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك ؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة وقد بطل البيع في بعضها فيبطل في سائرها بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الغاصب ذكر للمشتري انه وكيل في نصفه لصح في نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد .

(فصل) إذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فللآخر مشاركته فيه في ظاهر المذهب وعن احمد مايدل على أن لأحدهما أخذ حقه دون صاحبه ولايشاركه الآخر فيما أخذ وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد ، قيل لاحمد بعت أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال لايجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال يجوز، قيل فقد قال ابو عبيديجوزأن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه فذكر فيها ثم قال هذايشبه الميراث إذاأخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو لنصيبه قال فرأيته قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على مارواه حنبل وحرب انه لايجوز أن يكون نصيب

ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي وذكر القاضي وجها آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض وهذا الوجه أقيس لان المال لو كان ناضا كان ابتداء قراض وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال، وان كان المال ناضا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما اذا كان المال ناقصا وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف، وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشتري باذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض. فأما ان مات العامل أو جن وارادا بتداء القراض مع وارثه أو وليه فان كان ناضا جاز كما قلنا فيما اذا مات رب المال وان كان عرضا لم يجز ابتداء القراض الا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بان تقوم العروض ويجعل راس المال قيمتها يوم العقد لان الذي كان منه العمل قد مات او جن وذهب عمله ولم يخلف اصلا يبني عليه وارثه بخلاف ما اذا مات رب المال فان المال المقارض عليه موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وان كان المال ناضا جاز ابتداء القراض فيه اذا اختار ذلك فان لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لان رب المال انما رضي باجتهاد مورثه فاذا لم يرض ببيعه رفعه الى الحاكم ليبيعه فأما ان كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لان القراض انفسخ فأما البيع فان الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه اذا فسخت المضاربة ورب المال حي

القابض له فيما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركا، ولغير القابض الرجوع على القابض بحصته من الدين سواء كان المال باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره، وله ان يرجع على الغريم لان الحق يثبت في ذمتهما على وجه سواء فليس له تسليم حق احدهما إلى الاخر فان أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لان حقه ثبت في أحد المحلين فاذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيك نصف ماقبضت بل الخيرة اليه من أيهما شاء قبض فان قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله فان هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمنه للشريك لانه قدر حقه فما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الاصل مشتركا وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه بريء منه لانه بمنزلة تلفه ولا يرجع على غريمه بشيء وان أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبرىء أربعة أتساعه ولشريكه خمسة أتساعه فان قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية للمبريء ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا، وإن اشترى احدهما بنصيبه ثوباً أو غيره فللآخر إبطال الشراء فان بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن

(فصل) اذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق العقد به وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له والثمن عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن او جهل ذلك وهل يقف على اجازة رب المال، على روايتين (احداهما) ان اجازه فالثمن عليه والمضاربة بحالها وان لم يجزه لزم العامل (والثانية) هو للعامل على كل حال فان اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير راس المال الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال راس المال هذا والتالف وحكي ذلك عن ابي حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من راس المال كما لو تلف قبل الشراء، ولو اشترى عبدين بمال المضاربة فتلف أحد العبدين كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه لانه تلف بعد التصرف فيه، وان تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله فان دفع اليه رب المال بعد ذلك ألفا كان الالف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى لانها انفسخت لذهاب مالها

﴿ مسئلة ﴾ (قال واذا اتفق رب المال والمضارب على ان الربح بينهما والوضيعة عليهما كان الربح بينهما والوضيعة على المال)

وجملته انه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافا

أجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة او لا ؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز لانه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فان قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والاولى أن له الرجوع لان الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، واما إذا قلنا بالرواية الاخرى وأن مايقبضه احدهما له دون صاحبه فوجهها ان مافي الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه او وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق ويكون لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبه مالو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبه تعينه بالابراء ولانه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولان هذا القبض ان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كالو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لان حقه في الذمة لا في العين فأشبه مالو اخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ماقبضه القابض يختص به وليس لشريكه الرجوع عليه، وإن اشترى بنصيبه شيئاً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء، وإن قبض اكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه

(فصل) الثالث شركة الوجوه وقد اختلف في تفسيرها قال الخرقي وهو ان يشترك اثنان بمال غيرهما وقال القاضي معناها ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في

والعقد صحيح نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي عن أحمد ان العقد يفسد به وحكي ذلك عن الشافعي لانه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لاحدهما فضل دراهم والمذهب الاول

ولنا انه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة ، ويفارق شرط الدراهم لانه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة

(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين صحيح وفاسد : فالصحيح مثل أن يشترط على العامل ان لا يسافر بالمال أو ان يسافر به او لا يتجر الا في بلد بعينه أو نوع بعينه أو لا يشتري الا من رجل بعينه فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أوما لا يعم وجوده كالياقوت الاحمر والخيل البلق لم يصح لانه يمنع مقصود المضاربة وهو التقليب وطلب الربح فلم يصح كما لو اشترط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو أن لا يبيع الا بمثل ما اشترى به

الربح بمال غيرهما لانهما اذا اخذا المال بجاههما لم يكونا مشتركين بملك غيرهما وهذا محتمل ، وقال غيره معناها انهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما وحملوا كلام الخرقي على ذلك ليكون كلامه جامعاً لانواع الشركة ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الخرقي قد أخل بذكر نوع من انواع الشركة وهي شركة الوجوه على تفسير القاضي فأما شركة الوجوه على ماذكره شيخنا في الكتاب المشروح فهي ان يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير ان يكون لهما رأس مال على ان ما يشتريانه فهو بينهما نصفين او أثلاثاً او نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله من الربح فهو بينهما فهي جائزة سواء عين احدهما لصاحبه ما يشتريه او قدره أو ذكر صنف المال او لم يعين شيئاً من ذلك بل قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا ، قال احمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رءوس اموالهما على ان مايشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر وقال ابو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت او المال اوصنفاً من الثياب، وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لان شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شروط الوكالة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه

ولنا انهما اشتركا في الابتياع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان بينهما كما لو ذكرا شرائط الوكالة وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يقدر الثمن والنوع ممنوع وان سلم فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ههنا، فعلى هذا ان قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني و بينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم أو قال ما اشتريت انا من شيء فهو بيني و بينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه اذن له في التجارة على ان يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع او اطلق وكذلك لو قالا ما اشتريناه

ولنا انها مضاربة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت كما لو شرط ان لا يتجر الا في نوع يعم وجوده ولانه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة وقولهم انه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع ويفارق ما إذا شرط ان لا يبيع الا برأس المال فانه يمنع الربح بالكلية وكذلك إذا قال لا تبع الا من فلان ولا تشتر الا من فلان فانه يمنع الربح أيضا لانه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع الا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(فصل) ويصح تأقيت المضاربة مثل ان يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فاذا انقضت فلا تبع ولا تشتر قال مهنأ سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهرا قال اذا مضى شهر يكون قرضا قال لا بأس به قلت فان جاء الشهر وهي متاع ؟ قال اذا باع المتاع يكون قرضا وقال أبو الخطاب في صحة شرط التأقيت روايتان (احداهما) هو صحيح وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لثلاثة معان (أحدها) انه عقد يقع مطلقا فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) ان هذا ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة فأشبه ما لو شرط ان لا يبيع، وبيان انه ليس من مقتضى العقد انه يقتضي ان يكون رأس المال ناضا فاذا منعه البيع لم

أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا فكل واحد وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن لان مبناها على الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه ويبيعه كفيل عنه بذلك

﴿ مسئلة ﴾ (والملك بينهما على ما شرطاه) لقول رسول الله ﷺ المؤمنون على شروطهم، والوضيعة على قدر ملكيهما قياساً على شريكي العنان لانها في معناها، والربح بينهما على ما شرطاه لذلك، ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما قاله القاضي لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال لهما فيشتركان على العمل فيه والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح

ولنا أنهما شريكان في العمل والمال فجاز تفاضلهما في الربح مع تساويهما في المال كشريكي العنان

﴿ مسئلة ﴾ (وهما في التصرفات كشريكي العنان)

يعني فيما يجب لهما وعليهما وفي إقرارهما وخصومتهما وغير ذلك على ما ذكرناه وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انعزل لانه وكيله ، وسميت شركة الوجوه لانهما اشتركا فيما يشتريان بجاههما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيهاً)

(فصل) الرابع شركة الابدان وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما فهي شركة صحيحة فهي أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه من المباح كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والاصطياد والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه احمد في رواية أبي طالب فقال

ينض (الثالث) ان هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها

ولنا انه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة، والمعنى الاول الذي ذكروه يبطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال اذا انقضت السنة فلا تشتر شيئاً وقد سلموا صحة ذلك

(فصل) واذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كان في الحضر او السفر وقال الشافعي لا يصح في الحضر، ولنا ان التجارة في الحضر احدى حالتي المضاربة فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ولانه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة

(فصل) والشروط الفاسدة تنقسم الى ثلاثة أقسام (أحدها) ماينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يعزله مدة بعينها أو لا يبيع الا برأس المال أو أقل أو لا يبيع الا ممن اشترى منه أو شرط ألا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الاصل (القسم الثاني) ما يعود

لا بأس أن يشترك القوم بابدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والحمالين والنخالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشيء، وفسر احمد صفة الشركة في الغنيمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يختص به دون الغانمين وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاحتشاش والاغتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها ، وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

ولنا ما روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن عبد الله قال: اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء انا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقرهم وقد قال أحمد أشرك بينهم النبي ﷺ فان قيل فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها ؟ وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له ان يدفعها الى من يشاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال (من أخذ شيئا فهو له) فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الاسلاب والنفل الا ان الاول اصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء

بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولا أو ربح أحد الكسبين أو أحد الالفين أو أحد العبدين أو ربح احدى السفرتين او ما يربح في هذا الشهر أو ان حق احدهما في عبد يشتريه، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة لانها تفضي الى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو الى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوما (القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضا أوان يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا كثيرا منها في غير هذا الموضع معللا، ومتى اشترط شرطا فاسدا يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة لان الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فافسد العقد كما لو جعل رأس المال خمراً أو خنزيراً ولان الجهالة تمنع من التسليم فتفضي الى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه الى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الاثرم وغيره لانه عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح

وأما الثاني فان الله تعالى انما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزل الله تعالى (يسألونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ويدل على صحة هذا أنها لوكانت لرسول الله ﷺ فاما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أولم يبحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بضاعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال وعلى أبي حنيفة أيضاً أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستنيب في تحصيلها باجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع آخذها بذلك كالتوكيل في بيع ماله ومبناها على الوكالة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما

(مسئلة)(وتصح مع اتفاق الصنائع رواية واحدة فأما مع اختلافهما ففيه وجهان

(أحدهما) لا تصح اختاره أبو الخطاب وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمهما ويطالب به كل واحد منهما فاذا تقبل احدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر ان يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ ام كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ (والثاني) تصح اختاره القاضي لانهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ولان الصنائع المتفقة قد يكون احد الرجلين احذق فيها من الآخر فربما يتقبل احدهما مالا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك اذا اختلفت الصنائع

والعتاق والطلاق ، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى أنها تفسد العقد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كشرط دراهم معلومة أو شرط أن يأخذ له بضاعة والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء

(فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة أحدها أنه اذا تصرف نفذ تصرفه لانه أذن له فيه فاذا بطل العقد بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل ، فان قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسد ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه مع أن البائع قد أذن له في التصرف، قلنا لان المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن فان أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فاذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لانه أذن له في تصرف يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لانه نماء ماله وإنما يستحق العامل بالشرط فاذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه واحتج بما روي عن احمد انه قال اذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه قال وهذه الشركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح قال ولا أجر له وجعل احكامها كلها كأحكام الصحيحة وقد ذكرنا هذا قال القاضي أبو يعلي والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على انه صحح الشركة بالعروض وحكي

وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل ان لا يلزمه ذلك كالوكيلين بدليل صحتها في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه امكنه تحصيل ذلك بالاجرة او بمن يتبرع له بعمله ويدل على صحة هذا انه لو قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه. وقال زفر لا تصح الشركة اذا قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجر المثل . ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة وللمستأجر دفعها الى كل واحد منهما وايهما دفعها اليه برىء منها،وان تلفت في يد احدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما لانهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر مايلزمه

عن مالك أنه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا انه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله ويحتمل ان يثبت عندنا مثل هذا لانه اذا كان الاقل ما شرط له فقد رضي به فلا يستحق اكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد

ولنا ان تسمية الربح من توابع المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت فسدت اركانها وتوابعها كالصلاة ولا نسلم في النكاح وجوب المسمى اذا كان العقد فاسدا واذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه انما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله اليه وذلك متعذر فتجب قيمته وهو اجر مثله كما لو تبايعا بيعافاسدا وتقابضا وتلف احد العوضين في يد القابض له وجب رد قيمته، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح او لم يظهر، فأما ان رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح انه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بعمله فأشبه ما لو اعانه في شيء او توكل له بغير جعل او اخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) في الضمان ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده وبهذاقال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن

ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والاجير لا يضمن سكنى ماتلف بغير تعديه ولا فعله فكذاههنا وأماالشركة إذافسدت فقدذكرناهاقبل هذا

وقال القاضي يحتمل ان لا يلزم احدهما ما لزم الآخر كما ذكرنا من قبل وما يتلف بتعدي أحدهما أو تفريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فهو عليه وحده وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لان اليد له فيقبل اقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بدين عليه لأنه لا يد له على ذلك

(مسئلة) (وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما فان طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك)

وجملة ذلك أنه اذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه أحمد في رواية إسحاق بن هاني، وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الابدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء؟ فقال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران ولان العمل مضمون عليهما معا وبضمانهما له وجبت الاجرة فتكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عونا لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلا ليقصر له ثوبا فاستعان القصار بانسان فقصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذاههناوسواء ترك العمل لمرض أو غيره فان طالب أحدهما الآخر ان يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللآخر الفسخ ويحتمل أنه اذا ترك العمل لغير عذر ان لا يشارك صاحبه في أجرة ماعمله

﴿ مسئلة ﴾ قال : (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذى عليك)

نص احمد على هذا وهو قول أكثر أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز أن يجعل الرجل دينا له على رجل مضاربة وممن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي وقال بعض أصحابنا يحتمل أن تصح المضاربة لانه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه اليه فتبرأ ذمته منه ويصير كما لو دفع اليه عرضاً وقال بعه وضارب بثمنه وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب أجر مثله لانه علقه بشرط ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط، والمذهب هو الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا وإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشتري لانه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فان اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) وإن قال لرجل اقبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعا ويكون وكيلا في قبضه مؤتمناً عليه لانه قبضه باذن مالكه من غيره فجاز ان يجعله مضاربة كما لو قال اقبض المال من غلامي وضارب به قال مهنأ سألت احمد عن رجل قال اقرضني ألفاً شهراً ثم هو بعد

دونه لانه إنما شاركه ليعملا جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وإنما احتمل ذلك فيما اذا تركه لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(مسئلة) (وان اشتركا ليحملا على دابتيهما والاجرة بينهما صح) لانه نوع من الاكتساب والدابتان آلتان فاشبها الاداة

(مسئلة) (فاذا تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما أو على غير الدابتين صحت الشركة) والاجرة بينهما على ما شرطاه لان تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتهما ولهما ان يحملا باي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه فأشبه ما لو تقبلا قصارة فقصراها بغير أداتهما

(مسئلة) (وان اجراهما بأعيانهما فلكل واحد منهما أجرة دابته)

أما اذا أجرا الدابتين بأعيانهما على حمل شيء باجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجرة دابته لانه لم يجب ضمان الحمل في ذممهما وإنما استحق المكتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة المستأجرة ولان الشركة إما أن تنعقد على الضمان في ذممهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذممهما ضمان ولا عملا بابدانهما ما تجب الاجرة في مقابلته ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لاتصح ولهذا قال أجر

الشهر مضاربة قال لا يصلح وذلك لانه إذا أقرضه صار دينا عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ولو قال ضارب به شهراً ثم خذه قرضاً جاز لما ذكرنا فيما تقدم.

(فصل) ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولا ولا جزافا ولو شاهداه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يصح إذا شاهداه والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه امين رب المال والقول قوله فيما في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهداه وذلك لانه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة؟ ولانه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كما لو كان في الكيس وما ذكروه يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهداه.

(فصل) ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع.

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها)

وبهذا قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذا

عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم يصح كما لو قال بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح قال شيخنا ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح فان أعان أحدهما صاحبه في التحصيل والنقل كان له أجر مثله لانها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لاحدهما أداة قصارة ولآخر بيت فاشتركا على ان يعملا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدابتين اللتين أجرهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وان فسدت الشركة قسم الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والاداة، وان كانت لاحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على ان يعملا بالآلة أو في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وان دفع رجل دابته الى آخر ليعملا عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثا أو ما شرطاه صح نص عليه أحمد في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي مايدل على هذا وكره ذلك الحسن والنخعي، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر واصحاب الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لان هذا ليس من اقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولان للمضاربة تكون

الالف وأشار اليه في زاوية البيت، وفارق الدين فانه لا يصير عين المال ملكا للغريم إلا بقبضه ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجز أن يضاربه عليها لأنها صارت ديناً .

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال مغصوب فضارب الغاصب به صح أيضاً لانه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة وإن تلف وصار في الذمة لم تجز المضاربة به لانه صار ديناً ومتى ضاربه بالمال المغصوب زال ضمان الغصب بمجرد عقد المضاربة وبهذا قال أبو حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمناً وهو مذهب الشافعي لان القراض لا ينافي الضمان بدليل مالو تعدى فيه. ولنا انه ممسك للمال باذن مالكه لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه فأشبه مالو قبضه إياه

(فصل) والعامل أمين في مال المضاربة لانه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه فكان أميناً كالوكيل وفارق المستعير فانه قبضه لمنفعته خاصة وههنا المنفعة بينهما، فعلى هذا القول قوله في قدر رأس المال قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال كذا قال الثوري واسحاق وأصحاب الرأي وبه نقول ولانه يدعي عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه وما يدعى عليه من خيانة وتفريط وفيما يدعي انه اشتراه لنفسه او للمضاربة لان الاختلاف هاهنا في نيته وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواه فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولانه امين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ولو اشترى عبدا فقال رب المال كنت نهيتك عن شرائه فانكر العامل فالقول قوله لان الاصل عدم النهي وهذا كله لا نعلم فيه خلافا

بالتجارة في الاعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا اخراجها عن ملك مالكها وقال القاضي يتخرج أن لا يصح بناء على ان المضاربة بالعروض لا تصح فعلى، هذا ان كان أجر الدابة بعينها فالاجرة لمالكها وان تقبل حمل شيء فحمله عليها أو حمل عليها شيئاً مباحا فباعه فالاجرة والثمن له وعليه أجر مثلها لمالكها

ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد ببعض نمائها كالدراهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والارض في المزارعة قولهم ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فانه دفع لعين المال الى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد فان المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال وهذا بخلافه وذكر القاضي في موضع آخر ان من استأجر دابة بنصف ما يرزق الله تعالى أو ثلثه جاز قال شيخنا ولا أرى لهذا وجها فان الاجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولان هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد اشار أحمد الى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال لا بأس

(فصل) وان قال اذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة قال بل أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بخمسة فالقول قول العامل نص عليه أحمد وبه قال ابو حنيفة ويحتمل ان القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته

ولنا انهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال قد نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي

(فصل) وان قال شرطت لي نصف الربح فقال بل ثلثه فعن أحمد فيه روايتان احداهما القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر لان رب المال ينكر السدس الزائد واشتراطه له والقول قول المنكر والثانية ان العامل اذ ادعى اجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله وان ادعى اكثر فالقول قوله فيما وافق اجر المثل وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولان الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر ماقدمنا اختلافهما فيه والمتبايعان يرجعان الى رءوس أموالهما بخلاف مانحن فيه

(فصل) وان ادعى العامل رد المال فانكر رب المال فالقول قول رب المال مع يمينه نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قوله لانه أمين ولان معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع

ولنا انه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول

بالثوب يدفع بالثلث والربع لحديث جابر ان النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر وهذا يدل على انه صار في هذا ومثله الى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا الى المضاربة والاجارة

(فصل) نقل أبو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنيمة أرجو ان لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله اذا كان على النصف والربع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل أحمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده الى رجل ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك او ربعه فجائز والوجه فيه ما ذكرناه في مسئلة الدابة وإن دفع ثوبه الى خياط ليفصله قمصاً ويبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب وكذلك ان دفع غزلا الى رجل ينسجه بثلث ثمنه او ربعه جاز نص عليه، وقال مالك وابوحنيفة والشافعي لايجوز شيء من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه فان جعل له مع ذلك دراهم لم يجز نص عليه وعنه يجوز والصحيح الاول قال ابو بكر هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المعتمد قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يقول لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم او درهمين قال اكرهه لان هذا شيء لايعرف والثلث اذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان

المنكر وفارق المودع فان لا نفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال يمنعه وإن سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال

(فصل) وان قال ربحت ألفا ثم قال خسرت ذلك قبل قوله لانه أمين يقبل قوله في التالف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل وإن قال غلطت او نسيت لم يقبل قوله لانه مقر بحق لآدمي فلم يقبل قوله في الرجوع كما لو أقر بان رأس المال الف ثم رجع، ولو ان العامل خسر فقال لرجل اقرضني ما أتمم به رأس المال لاعرضه على ربه فانني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فاقرضه فعرضه على رب المال وقال هذا رأس مالك فاخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا تقبل شهادة المقرض له لانه يجر الى نفسه نفعا وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف وقال رب المال رأس المال الفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف ان رأس المال الف والربح الفان فنصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفا وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لان الاخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربحا بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانها اثلاثا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

النبي ﷺ اعطى خيبر على الشطر قيل لأبي عبدالله فان كان النساج لا يرضى حتى يزاد على الثلث درهما؟ قال فليجعل له ثلثاً وعشراً ثلثاً ونصف عشر وما اشبهه وروى الأثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وايوب ويعلى بن حكيم انهم اجازوا ذلك وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن وقال ابو ثور واصحاب الراي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكته الى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفان فالصيد كله للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثلها وقياس ما نقل عن احمد صحة الشركة وما رزق الله بينهما على ما شرطاه لانها عين تنمي بالعمل فيها فصح دفعها ببعض نمائها كالارض

(فصل) وقد ذكر ابن عقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان وهو ان يعطي الطحان اقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها وعلة المنع انه جعل له بعض معموله اجراً لعمله فيصير الطحن مستحقا له وعليه وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صحته ولا ذكره اصحاب السنن وقياس قول احمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولآخر إكاف وجوالقات فاشتركا على ان يؤجراها والاجرة

(فصل) وان دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضا لي ربحه كله وقال رب المال كان قراضا فربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسمنا الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما ان القول قول رب المال في ربح ماله فاذا حلف قبل قوله في انه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه فنص أحمد في رواية مهنأ انهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل بل كان قراضاً احتمل ان يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلا يستحق زيادة عليه وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضا فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضا حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضا وقال العامل كان قراضا أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) واذ اشترط المضارب النفقة ثم ادعى انه انما أنفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقيا في يديه أو قد رجع الى مالكه وبه قال أبوحنيفة اذا كان المال باقيا في يديه وليس له ذلك اذا كان بعد رده

بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه اعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره اجر دابتك لتكون اجرتها بيننا وأوجر جوالقاتي لتكون اجرتها بيننا وتكون كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل وللآخر اجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، هذا اذا اجر الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما ان اجر كل واحد منهما ملكه مفرداً فلكل واحد اجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه وللآخر اجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

(فصل) فان اشترك ثلاثة من احدهم دابة ومن آخر راوية ومن آخر العمل على ان ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول احمد فانه نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على ان لهما الاجرة على الصحة وهذا لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون مارزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولانهما وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعاها اليه فاشبه مالو دفع اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لواشترك أربعة من أحدهم دكان ومن

ولنا انه أمين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يده وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم

(فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف وقال لم أقبض ثمنه وادعى المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبع برىء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرىء المشتري منه كما لو أقر انه قبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري فان خاصمه شريكه وادعى عليه انك قبضته نصيبي من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للمدعي بينة وان كانت له بينة قضي بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجر بها الى نفسه نفعاً وان خاصم البائع المشتري فادعى المشتري انه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه معترف انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه، وان كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجر بها الى نفسه نفعا ومن شهد بشهادة تجر الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها، وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتي قبلها وان لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه له لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه ولا يحتاج الى أيمن لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه في صفقة ويخالف

اخر رحى ومن اخر بغل ومن اخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ماشرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئلتين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي، لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولان من شرطهما عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكماله والراوية ههنا تخلق وتنقص، ولا اجارة لانها تفتقر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما غرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه أجر المثل لانه استعمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة وأما في المسئلة الثانية فانهم اذا طحنوا لرجل طعاما باجرة نظرت في عقد الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لاصحابه أجر المثل، وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفرداً أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام

الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضا انه ما قبض منه شيئا، وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقران المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وانما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره وان خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه انه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا يدفع عنها ضررا لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكره بعض أصحابنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري واذا لم تكن بينة لخلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر ثم ان مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الغاصب وان وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة لان الصفقة ههنا وقعت واحدة وقد بطل البيع في بعضها فبطل في سائرها بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو ان الغاصب ذكر للمشتري انه وكل في نصفه لصح في نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد

(فصل) واذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فللآخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد ما يدل على ان لاحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذه وهو قول ابي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بعت أنا وصاحبي متاعا بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال: لا يجوز قيل له فان أخره او أبرأه من حقه دون صاحبه قال يجوز قيل فقد قال ابو عبيد: له ان يأخذ

بكذا فالاجر بينهم أرباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربعه ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحا وهذا الرجل بكذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الاخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما إذا تزوج اربعاً بمهر واحد اوكاتب أربعة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض أرباعا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين

دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا اخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من اخذ شيئاً فهو من نصيبه قال فرأيته قد احتج له واجازه قال ابو بكر العمل عندي على مارواه حرب وحنبل انه لايجوز وهو الصحيح وقد صرح به احمد في اول هذه الرواية ولم يصرح بالرجوع عما قاله وذلك لانه لايجوز ان يكون نصيب القابض ما اخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضى الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقياً في يده او اخرجه عنها برهن او قضاء دين او غيره وله ان يرجع على الغريم لان الحق يثبت في ذمتهما على وجه سواء فليس له تسليم حق احدهما إلى الآخر فان اخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في احد المحلين فاذا اختار احدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول انا اعطيك نصف ماقبضت بل الخيرة اليه من ايهما شاء قبض فان قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمنه للشريك لانه قدر حقه فيما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الاصل مشتركاً، وان ابرأ احد الشريكين من حقه برىء منه لانه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشيء، وإن ابرأ احدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبرىء اربعة اتساعه ولشريكه خمسة اتساعه وإن قبضا نصف الدين ثم ابرأ احدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على على ثمانية للمبرىء ثلاثة اثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا، وان اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فللآخر ابطال الشراء فان بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وان اجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة او لا؟ وإن اخر احدهما حقه من الدين جاز فانه لو اسقط حقه جاز فتأخيره اولى فان قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى ان له الرجوع لان الدين الحال لايتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، فاما إن قلنا بالرواية الاخرى وان ما يقبضه احدهما له دون صاحبه فوجهها أن مافي الذمة لاينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه احدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق وكان لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبه مالو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبه تعيينه بالابراء ولانه لو كان لغير القابض حق

(مسئلة) (وان جمعا بين شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة صح) لان كل واحد منها يصح منفرداً فصح مع غيره كحالة الانفراد

(فصل) الخامس شركة المفاوضة وهو أن يدخلا في الشركة الاكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركاز أو ما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو ارش جناية أو نحو ذلك

في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولأن هذا القبض لايخلو إما ان يكون بحق او بغير حق فان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كالوكان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبه مالو اخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ماقبضه القابض يختص به دون شريكه وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى، بنصيبه ثوباً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء وإن قبض أكثر من حقه بغير اذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه .

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد في قسمة الدين في الذمم فنقل حنبل منع ذلك وهو الصحيح لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعديل واما القسمة من غير تعديل فهي بيع ولا يجوز بيع الدين بالدين،فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع من توى ماله على من لم يتو وبهذا قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلفت الاعيان وبه قال الحسن واسحاق فعلى هذا لايرجع من توى ماله علي من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه وهذا إذا كان في ذمم فاما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة لان معنى القسمة إفراز الحق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة.والله أعلم .

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف نعلمه لان الحجر عليه إنما كان لحق سيده فجاز له التصرف باذنه وينفك عنه الحجر في قدر ما اذن له فيه لأن تصرفه إنما جاز باذن سيده فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل ، فان دفع اليه مالا يتجر به كان له أن يبيع ويشتري ويتجر فيه وان أذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعاً من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز ان يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقا لان اذنه اطلاق من الحجر وفك له والا طلاق لا يتبعض كبلوغ الصبي

ولنا انه متصرف بالاذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما اذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينقض بما اذا أذن له فى شراء ثوب ليلبسه او طعام ليأكله ويخالف البلوغ فانه يزول به المعنى الموجب للحجر فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وانما يتصرف العبد بالاذن الا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد ؟

فهذه شركة فاسدة،وبهذا قال الشافعي واجازه الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي عن مالك،وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي ان يكونا حرين مسلمين وان يكون مالهما في الشركة سواء وان يخرجا جميعا ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير،واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا تفاوضتم فاحسنوا المفاوضة ولانها نوع شركة تختص باسم فكان منها صحيح كشركة العنان

ولنا أنه عقد لا يصح بين كافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولانه

(فصل) واذا اذن له في التجارة لم يجز له ان يؤجر نفسه ولا يتوكل لانسان وبه قال الشافعي واباحهما ابو حنيفة لانه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب

ولنا انه عقد على نفسه فلا يملكه بالاذن في التجارة كبيع نفسه وتزوجه وقولهم انه يتصرف لنفسه ممنوع بل يتصرف لسيده وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له ان يبيع من سيده

(فصل) واذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يصير مأذونا له لانه سكت عن حقه فكان مسقطا له كالشفيع اذا سكت عن طلب الشفعة

ولنا انه تصرف يفتقر الى الاذن فلم يقم السكوت مقام الاذن كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت او باعه المرتهن والراهن ساكت وكتصرفات الاجانب ويخالف الشفعة فانها تسقط بمضي الزمان اذا علم لانها على الفور

(فصل) ولا يبطل الاذن بالاباق وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يبطل لانه يزيل ولاية السيد عنه في التجارة بدليل انه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبه ما لو باعه

ولنا ان الاباق لا يمنع ابتداء الاذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصب او حبس بدين عليه او على غيره وما ذكروه غير صحيح فان سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه واجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب

(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب وتجوز هبته المأكول واعارة دابته واتخاذ الدعوة مالم يكن اسرافا وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك بغير اذن سيده لانه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه

ولنا أن النبي ﷺ كان يجيب دعوة المملوك وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته اناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عبدالله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمهم وهو يومئذ عبد، رواه صالح في مسائله باسناده ولان العادة جارية بهذا بين التجار فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها

عقد لم يرد الشرع بمثله فلا يصح كما ذكرنا ولان فيه غررا فلم يصح كبيع الغرر ، بيان غرره انه يلزم كل واحد مالزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخلا فيه الاكساب النادرة فاما الخبر فلا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن وليس فيه مايدل على انه أراد هذا العقد فيحتمل انه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح بين الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضا قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد لمازة بن زبار عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني دينارا فقال ياعروة « ائت الجلب فاشتر لنا شاة » قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله: هذا ديناركم وهذه شاتكم قال « وصنعت كيف ؟ » قال فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود باسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له إني أردت الخروج الى خيبر فقال «ائت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروي عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة ، وأجمعت الامة على جواز الوكالة في الجملة ولان الحاجة داعية إلى ذلك فانه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج اليه فدعت الحاجة اليها

باب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة ، وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه باسنادهم عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال «ياعروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما وأقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال«وصنعت كيف؟ »قال فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود باسناده عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج الى خيبر فاتيت النبي صلى الله عليه وقلت اني أردت الخروج الى خيبر فقال «ائت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة

(فصل) وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح ان يوكل فيه رجلا أو امرأة حراً أو عبداً مسلما كان أو كافراً وأما من يتصرف بالاذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل إلا فيما له فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح ان يتوكل لغيره فيه الا الفاسق فانه يصح أن يقبل النكاح لنفسه وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين، فاما توكيله في الايجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي تثبت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين أحدهما يجوز توكيله لانه ليس بولي ووجه الوجه الآخر انه موجب للنكاح أشبه الولي ولانه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجز أن يتوكل فيه كالمرأة، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لانه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على اذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها .

وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولان الحاجة داعية الى ذلك فانه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج اليه بنفسه .

(مسئلة) (تصح الوكالة بكل قول يدل الاذن وكل قول أو فعل يدل القبول)

لا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع ، والايجاب هو كل لفظ دل على الاذن نحو قوله افعل كذا أو اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (فابعثوا احدكم بورقكم هذه إلى المدينة - إلى قوله - فليأتكم برزق منه) ولانه لفظ دل على الاذن فهو كقوله وكلتك، ويكفي في القبول قوله قبلت وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضا نحو ان يفعل ما أمره بفعله لان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال امره ولانه اذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام

(مسئلة) (ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو ان يوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت)

لان قبول وكلاء النبي صلى الله عليه كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله إياهم ولانه اذن في التصرف والاذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الاباحة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله اذا قدم الحاج فافعل كذا أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا

(فصل) والمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجعل لانه من اكتساب المال ولا يمنع المكاتب من الاكتساب ، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل إلا باذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض، وللعبد أن يتوكل باذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده وإن كان مأذوناً له في التجارة لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل وتصح وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي لانه ممن يصح تصرفه .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضراً كان الموكل أو غائبا)

لا نعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ولان الحاجة داعية إلى التوكيل فيه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته وأباحها الشرع دفعاً للحاجة وتحصيلا لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه ، ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجعالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء لانها

كذا أو اذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية أو اذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم أو اذا دخل رمضان فقد وكلتك في كذا أو فأنت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة ،وقال الشافعي لا تصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن وان كان وكيلا بجعل فسد المسمى وله اجر المثل لانه عقد يملك التصرف به في الحياة أشبه البيع

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبد الله بن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحا كما لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن فى التصرف أشبه الوصية والتأمير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من اهل القربة فصح بالجعل كالتوكيل الناجز

(مسئلة) (ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء الا ممن يصح تصرفه فيه)

لان من يصح تصرفه بنفسه فبنائبه أولى وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا كان أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً ، فأما من يتصرف بالاذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا ، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل الا فيما له فعله كالطلاق

في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافا ، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الايجاب والقبول لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبارافع في قبول النكاح له ولان الحاجة تدعو اليه فانه ربما احتاج الى التزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه فان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة، ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعتاق لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع والنكاح، ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالابتياع والاتهاب، ويجوز التوكيل في اثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته لانهما من حقوق الادميين وتدعو الحاجة الى التوكيل فيهما لان من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاه .

(فصل)ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق واثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً ، صحيحاً أو مريضاً ، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبوحنيفة للخصم أن يمتنع من محاكمة الوكيل اذا كان الموكل حاضراً لان حضوره مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله الى غيره بغير رضاء خصمه كالدين عليه

ولنا انه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه كحال غيبته ومرضه

والخلع وطلب القصاص، وكل ما صح ان يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فانه يصح أن يقبل النكاح لنفسه،وذكر القاضي أنه لا يجوز ان يقبله لغيره وظاهر كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه يصح وهو قول ابى الخطاب وهو القياس ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فأما توكيله في الايجاب فلا يجوز إلا على الرواية التى تثبت الولاية له وذكر اصحاب الشافعي في في ذلك الوجهين (أحدهما) يجوز لانه ليس بولي (والثانى) لا يجوز لانه موجب للنكاح أشبه الولي ولانه لايجوز ان يتولى ذلك بنفسه فلم يجز ان يتوكل فيه كالمرأة ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وغيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لانه ممن يجوز ان يقبله لنفسه وانما يقف ذلك على اذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح ان يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها،وللمكاتب ان يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله ان يتوكل بجعل لانه من اكتساب المال ولا يمنع من الاكتساب ، وليس له ان يتوكل بغير جعل الا باذن سيده لان منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وتصح وكالة الصبي المميز باذن الولي بناء على صحة تصرفه باذنه

﴿مسئلة﴾ (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه الا الظهار واللعان والايمان)

وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان علياً رضي الله عنه وكل عقيلا عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضى له فلي وما قضى عليه فعلي، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان للخصومة قحما وان الشيطان ليحضرها وإني لأكره أن أحضرها قال أبو زياد القحم المهالك، وهذه قصص انتشرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل في الاقرار ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لانه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا انه اثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع، وفارق الشهادة فانها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوته على غيره .

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الايمان والنذور لانها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا يصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان، ولا في القسم بين الزوجات لانه يتعلق ببدن الزوج لامر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضعة والمرتضع لامر يختص بانبات لحم المرتضع وانشاز عظمه بلبن المرضعة، ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا يصح في الغصب لانه محرم، ولا في الجنايات لذلك ولا في كل محرم لانه لا يجوز له فعله فلم يجز لنائبه

وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضراً كان الموكل أو غائبا وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآية والخبر والحاجة تدعو اليه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج الى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته فاباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه، وكذلك يجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجعالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والهبة والصدقة والوصية والفسخ والابراء لانها في معنى البيع في الحاجة الى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم فيه خلافا، ويجوز التوكيل في الخلع والرجعة لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالابتياع والايهاب

(فصل) ولا تصح في الايمان والنذور لانها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود ولا تصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا تجوز في القسم بين الزوجات لانها تتعلق ببدن الزوج لامر يختص به

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا والسرقة جاز التوكيل في استيفائه لان النبي ﷺ قال «اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها» فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ماعز فرجموه ووكل عثمان علياً في اقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي يعد رواه مسلم، ولان الحاجة تدعو الى ذلك لان الامام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز في اثباتها وهو قول الشافعي لانها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل يوصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعا فانه قال فان اعترفت فارجمها وهذا يدل على انه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته واستيفائه جميعا ولان الحاكم اذا استناب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في اخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من

ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضعة والمرتضع لامر يختص بانبات لحم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح في الغصب ولا في الجنايات لان ذلك محرم وكذلك كل محرم لانه لا يحل له فعله بنفسه فلم تجز النيابة فيه

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج موليته اذا كان الوكيل ممن يصح له ذلك لنفسه وموليته لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري وأبا رافع في قبول النكاح له ولان الحاجة تدعو اليه فانه ربما احتاج الى التزويج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة وهي بأرض الحبشة ويجوز أن يوكل من يزوج موليته لان الحاجة تدعو اليه فأشبه البيع إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لموليته، وهل يجوز ان يكون فاسقاً؟ ينبني على اشتراط ذلك في ولاية النكاح وسيذكر في بابه ان شاء الله

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادة لكونه يؤدي ماسمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الاغتنام لانه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد فكان السهم له ولا في الالتقاط لانه بأخذه يصير لملتقطه

(فصل) ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخصم

أغنيائهم فترد على فقرائهم فان هم أطاعوك بذلك فاياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب » متفق عليه، ويجوز التوكيل في الحج اذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز أن يستناب من يحج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لانها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعا للحج ،وفي فعل الصلاة المنذورة وفي الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان، ولا تجوز الاستنابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصال الماء للاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما

(فصل) وكل ماجاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحمد وهذا مذهب مالك وقال بعض أصحابنا لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل أوما اليه

أن يمتنع من محاكمة الوكيل اذا كان الموكل حاضراً لان حضوره مجلس الحاكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله الى غيره بغير رضاء خصمه كالدين عليه

ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه كحالة غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان عليا وكل عقيلا عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان للخصومة قحما وان الشيطان يحضرها واني لاكره أن أحضرها قال أبو زياد القحم المهالك وهذه قصص اشتهرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل انكارها ولان الحاجة تدعو الى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه ويجوز التوكيل في الاقرار ولأصحاب الشافعي وجهان (احدهما) لا يجوز التوكيل فيه لانه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة فانها لا تثبت الحق وإنما هو اخبار بثبوته على غيره، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما لانهما من حقوق الآدميين وتدعو الحاجة الى التوكيل فيهما لان من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاها

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود في إثباتها واستيفائها كحد الزنا والسرقة)

لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ماعز فرجموه ووكل عثمان عليا في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة رواه مسلم ولان الحاجة تدعو اليه لان الامام لا يمكنه

أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لانه يحتمل أن يعفو الموكل في حالة غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولان العفو مندوب اليه فاذا حضر احتمل أن يرحمه فيعفو والاول ظاهر المذهب لان ماجاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر انه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الاترى ان قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغير اجتهاد الحاكم

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى لايجاب والقبول كالبيع ويجوز الايجاب، بكل لفظ دل على الاذن نحو ان يأمره بفعل شيء أو يقول اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء

تولي ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز وهو قول الشافعي لانها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل توصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس الذي ذكرناه فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً بقوله «فان اعترفت فارجمها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته ولان الحاكم اذا استناب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم فبالتخصيص يكون دخولها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات

(فصل) فأما العبادات فما تعلق منها بالمال كالصدقات والزكاة والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن «أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه ويجوز التوكيل في الحج اذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز ان يستناب من يحج عنه بعد الموت، فاما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها فانها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره، ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج ولا تجوز الاستنابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصاله الى الاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما

﴿ مسئلة ﴾ (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته نص عليه احمد وهو قول مالك الا القصاص، وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته)

وقال الله تعالى مخبرا عن أهل الكهف انهم قالوا (فابعثوا احدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها ازكى طعاما فليأتكم برزق منه) ولانه لفظ دال على الاذن فجرى مجرى قوله وكلتك ، ويجوز القبول بقوله قبلت وكل لفظ دل عليه، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو ان يفعل ما امره بفعله لان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال امره ولانه اذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام ، ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو ان يبلغه ان رجلا وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه أو يقول قبلت او يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة لان قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم لوكالته كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله إياهم ولانه اذن في التصرف والاذن قائم ما لم يرجع عنه فأشبه الاباحة وهذا كله مذهب الشافعي

وقد أومأ اليه احمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لانه يحتمل ان يعفو الموكل فى حال غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولان العفو مندوب اليه فاذا حضر احتمل ان يرحمه فيعفو والاول ظاهر المذهب لان ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الا ترى ان قضاة رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يحتلط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو بغير اجتهاد الحاكم.

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز للوكيل ان يوكل فيما يتولى مثله بنفسه إلا باذن الموكل وعنه يجوز وكذلك الوصي والحاكم وله التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرته)

وجملة ذلك ان التوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لان ما نهاه عنه غير داخل في اذنه فلم يجز له كما لو لم يوكله (الثاني) ان يأذن له في التوكيل فيجوز له لانه عقد أذن فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذا خلافا فان قال وكلتك فاصنع ما شئت فله ان يوكل، وقال اصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لان التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه فقوله اصنع ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه

ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عمومه التوكيل (الثالث) اطلق له الوكالة فلا يخلو من اقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يترفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فانه لا يجوز له التوكيل فيه لانه اذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن الى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه (القسم الثاني) ان يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يعجز عن عمله لكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لان الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن فيه بلفظه ،وقال القاضي عندي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا لحماً واذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية واذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم واذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لايصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن، وان كان وكيلا بجعل فسد المسمى وله أجر المثل لانه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبه البيع . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبدالله ابن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو اباحة التصرف وصحته فكان صحيحا كما لو قال أنت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأمير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله بكونه من أهل القربة فصح بالجعل كالتوكيل الناجز .

(فصل) ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في اقامة الحد

أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل إنما جاز للحاجة فاختص مادعت اليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فانه مطلق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين (القسم الثالث) ماعدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه من لم يأمنه عليه كالوديعة (والثانية) يجوز نقلها أحمد وبه قال ابن أبي ليلى اذا مرض أو غاب لان الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه بنائبه كالمالك والاولى أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه فان وكل أمينا فصار خائنا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستنيب غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل إلا أن المنصوص عن أحمد في رواية مهنا جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولائه بدليل انه لم يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه قال شيخنا والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبه الوكيل وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

وعروة في شراء شاة وعمرا و ابا رافع في قبول النكاح بغير جعل وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولهذا قال له أبناء عمه لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدي اليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيبه الناس يعنيان العمالة، فان كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه الى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه فمتى سلمه الى الموكل معمولا فله الاجر وان كان الخياط في دار الموكل فكلما عمل شيئاً وقع مقبوضاً فيستحق الوكيل الجعل اذا فرغ الخياط من الخياطة وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله وان لم يقبض الثمن في البيع وان قال اذا بعت الثوب وقبضت ثمنه وسلمته الي فلك الاجر لم يستحق منها شيئاً حتى يسلمه اليه فان فاته التسليم لم يستحق شيئا لفوات الشرط

(فصل) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فان قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير او في كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لانه لفظ عام فصح فيما يتناوله كما لو قال بع مالي كله

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أباكان أو غيره وقال القاضي فيمن لا يجوز له الاجبار هل هو كالوكيل ؟ يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالاب بخلاف الوكيل فان الولي متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكروه يبطل بالحاكم والذي يعتبر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن إذنها في التزويج فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلا للموكل لا ينعزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان وكيلا للوكيل ينعزل بموته وعزله، وان مات الموكل أو عزل الاول انعزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع الآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن فالثاني وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده)

لان المنع لحق السيد فجاز باذنه ولا يجوز بغير اذنه لانه لا يجوز له التصرف بغير اذن سيده لكونه محجوراً عليه فاذا أذن في ذلك صح كما تصح تصرفاته باذنه

﴿ مسألة ﴾ (فان وكله باذنه في شراء نفسه من سيده فعلى روايتين)

(إحداهما) يصح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية (والثانية) لا يجوز وهو قول بعض

ولنا أن في هذا غرراً عظيما وخطراً كبيراً لانه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة والاثمان العظيمة فيعظم الضرر وان قال اشتر لى ماشئت لم يصح لانه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه وقد روي عن احمد مايدل على صحته لقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيننا انه جائز وأعجبه ولان الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري الا بثمن المثل فما دون ولا يشترى ما لا يقدر الموكل على ثمنه ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه، وان قال بع مالي كله واقبض ديونى كلها صح لانه قد يعرف ماله وديونه، وان قال بع ماشئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني جاز لانه اذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى، وان قال اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح. قال أصحاب الشافعي اذا قال بع ماشئت من مالي لم يجز وان قال من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

الشافعية لان يد العبد كيد سيده فأشبه ما لو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده، ولنا انه يجوز ان يشتري عبدا من غير مولاه فجاز ان يشتريه من مولاه كالأجنبي واذا جاز ان يشتري غيره جاز ان يشتري نفسه كما ان المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها، والوجه الذي ذكروه لا يصح لان أكثر مايقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وسنذكر صحة توكيل السيد في البيع والشراء من نفسه فههنا أولى، فعلى هذا اذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد وصدقاه صح ولزم زيداً الثمن، وإن قال السيد ما اشتريت نفسك الا لنفسك عتق العبد لاقرار السيد على نفسه بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لان زيداً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرىء وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه في الوكالة وقال ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) واذا وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل العبد في اعتاق عبيده أو المرأة في طلاق نسائه لم يملك اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لانه ينصرف باطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل ان لهما ذلك لشمولهما عموم اللفظ كما يجوز للوكيل في البيع ان يبيع من نفسه في احدى الروايتين، وان وكل غريمه في إبراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق من نفسه فهو كتوكيل العبد في اعتاق نفسه، وإن وكله في ابراء غرمائه لم يكن له أن يبرىء نفسه كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه، وان وكله في خصومتهم لم يكن وكيلا في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فابرأ صح ولم يبرأ المضمون عنه وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه أو الكفيل في ابراء المكفول عنه صح وبريء الوكيل ببراءته لانه فرع عليه فاذا برىء الاصل برىء الفرع

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبده ، وان قال اشتر لي عبداً تركياً أو ثوباً هرويا صح ، وان قال اشتر لي عبداً أو قال ثوبا ولم يذكر جنسه صح أيضا وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول . ولنا أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض

ولا يشترط ذكر قدر الثمن ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لا يصح حتى يذكر قدر الثمن وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد وانما تتميز بالثمن .

ولنا انه اذا ذكر نوعا فقد اذن في اغلاه ثمنا فيقل الغرر ولان تقدير الثمن يضر فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

﴿ مسألة ﴾ (والوكالة عقد جائز من الطرفين)

لكل واحد منهما فسخها متى شاء لانه إذن في التصرف فكان لكل واحد منهما إبطاله كالاذن في أكل طعامه فان وكل المرتهن في بيع الرهن ففيه اختلاف ذكرناه

﴿ مسألة ﴾ (وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة)

تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وجنون المطلق بغير خلاف علمناه اذا علم الحال وكذلك يبطل بخروجه عن أهلية التصرف كالحجر عليه لسفه لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته كالجنون والموت وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياسا على الوكالة قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل

(فصل) فان حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن اهلية التصرف وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه وان كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لم تبطل لان الموكل أهل لذلك، وان فسق الوكيل لم ينعزل لانه من أهل التصرف الا ان تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق كالايجاب في عقد النكاح فانه ينعزل بفسق أحدهما لخروجه عن أهلية التصرف وان كان وكيلا في القبول لم ينعزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله ، وهل ينعزل بفسق نفسه ؟ على وجهين أولاهما انه لا ينعزل لانه يجوز ان يقبل النكاح لنفسه فجاز ان يقبله لغيره كالعدل، وان كان وكيلا فيما يشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله لخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيلا لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينعزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاغماء لان ذلك لا يخرجه عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه الولاية الا أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلا

(فصل) واذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لانه لم يأذن له في ذلك وانما يجوز له ما أذن فيه موكله وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وان وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرز لهما لان قوله افعلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله بعتكما حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لاولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكيلا له بغير أمره ،وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرف لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معا ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة، فان قيل هذا حكم للغائب، قلنا يجوز تبعا لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلق لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا وجميع التصرفات في هذا سواء ، وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها ولنا انه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

ولا تبطل بالتعدي فيما وكل فيه مثل لبس الثوب وركوب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والثاني تبطل بذلك لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة

ولنا أنه تصرف باذن موكله فصح كما لو لم يتعد ويفارق الوديعة من حيث انها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا فاذا باعه صح بيعه وبريء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ولو دفع اليه مالا ووكله ان يشتري به شيئا فتعدى في الثمن صار ضامنا واذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض امانة، وان ظهر بالمبيع عيب فرد عليه او وجد هو بما اشتراه عيباً فرده وقبض الثمن كان مضموناً عليه لان العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال به

(مسئلة) (وهل تبطل بالردة وجرية عبده؟ على وجهين)

يصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأمنا أو حربيا أو مرتداً لان العدالة لا تشترط في صحة الوكالة فكذلك الدين كالبيع، فان وكل مسلماً فارتد لم تبطل وكالته

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك اليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لان ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يجز كما لو لم يوكله (الثاني) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك لانه عقد اذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذين خلافا وان قال له وكلتك فاصنع ما شئت فله ان يوكل وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لان التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه وقوله اصنع ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه

ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عمومه التوكيل (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فانه يجوز له التوكيل فيه لانه اذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن الى ماجرت به العادة من الاستنابة فيه

(القسم الثاني) ان يكون مما يعمله بنفسه الا انه يعجز عن عمله كله لكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لان الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن في التوكيل بلفظه

في أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة تبطل اذا لحق بدار الحرب لانه صار منهم

ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء الوكالة فلا تمنع استدامتها كسائر الكفر، وفيه وجه آخر أنها تبطل بالردة إذا قلنا إن المرتد تزول أملاكه وتبطل تصرفاته والوكالة تصرف وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة :

(فصل) وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينعزل لان زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وفيه وجه آخر أنها تبطل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد، والصحيح الاول لان سيد العبد اذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الاذن فكذلك البيع الا ان المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة والا بطلت وإن وكل عبد غيره فاعتقه فقال شيخنا لا تبطل الوكالة وجهاً واحداً لان هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم يبطل لان ملكه إياه لا ينافي اذنه له في البيع والشراء، وان وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلم يمنع استدامتها .

وقال القاضي عندي انه انما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل انما جاز للحاجة فاختص ما دعت اليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فانه مطلق ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(القسم الثالث) ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة والاخرى يجوز نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له ان يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك والاول أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه وان وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصي به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستنيب

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات، وكذا لو دفع اليه ديناراً ووكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه ان وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء به بعد تلفه فبطلت الوكالة وان وكله في الشراء مطلقاً ونقد الدينار بطلت أيضا لانه انما وكله في الشراء به، ومعناه ان ينقده ثمن ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلتزمه ولا رضي بلزومه، وان استقرضه الوكيل وعزل ديناراً عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فان اجازه صح ولزمه الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال. وقال القاضي متى اشترى بعين ماله شيئاً لغيره بغير اذنه فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره، وقال أصحاب الشافعي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره صح الشراء للوكيل لانه اشترى ما لم يؤذن له فيه أشبه ما لو اشتراه في الذمة.

(فصل) نقل الاثرم عن أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي اذن له في القبض لكن جعله وكيلا وتمكن من عليه الدين من القضاء نخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من

غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل الا ان المنصوص عن احمد في رواية مهنا جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولاية بدليل انه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبه الوكيل وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير اذنها أباكان أو غيره وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه جهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل

ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها كالاب بخلاف الوكيل ولانه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكروه يبطل بالحاكم والذي يعتبر إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن اذنها له في التزويج أيضا فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلا للموكل لانه لا ينعزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله، وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان

الورثة فقال لا يعجبني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفا من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات. فانعزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فاما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فان أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطنا وإزالة التبعة عنه، وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفا من أن يكون الموكل قد مات فانتقل الى الورثة ويجوز ان يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالغرامة، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الايجاب لانه وكله فى قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل، وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس بشيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذي نقله الجماعة.

(مسئلة) (وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين)

وجملة ذلك ان الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل

وكيلا للموكل ينعزل بموته وعزله اياه، وان مات الموكل أو عزل الاول انعزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع للآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن فالثاني وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(فصل) اذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن ابي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

ولنا أن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل فيها كالابراء وفارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا، ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الابراء منه بغير خلاف نعلمه لان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله

ولنا أن القبض لا يتناوله الاذن نطقا ولا عرفا إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه

عزل نفسه وتبطل بموت أحدهما أو جنونه المطبق ولا خلاف نعلمه في ذلك مع العلم بالحال فمتى تصرف بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، وان لم يعلم بالعزل ولا بموت الموكل ففيه روايتان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) ينعزل وهو ظاهر كلام الخرقي، فعلى هذا متى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فصح بغير علمه كالطلاق والعتاق (والثانية) لا ينعزل قبل علمه نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد لما في ذلك من الضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل لانه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه وهذا قول أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة ان الوكيل ان عزل نفسه لم ينعزل الا بحضرة الموكل لانه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة، ووجه الاول ماذكرناه فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون عاصيا مع عدم العلم وهذا يتضمن العزل عنه إبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم

(فصل) واذا وقعت الوكالة مطلقة ملك التصرف ابدا مالم يفسخ الوكالة وتحصل بقوله فسخت الوكالة

وان وكله في قبض حق فجحد من عليه الحق كان وكيلا في تثبيته عليه في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر كما لا يكون وكيلا في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الاول أنه لا يتوصل الى القبض الا بالتثبيت فكان اذنا فيه عرفا ولان القبض لا يتم الا به فلكه كما لو كل في شراء شيء ملك وزن ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه، ويحتمل أنه ان كان الموكل عالما بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكله في قبض عين لم يملك تثبيتها لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة

ولنا أنه وكيل في قبض حق فأشبه الوكيل في قبض الدين وما ذكروه يبطل بالتوكيل في قبض الدين فانه وكيل في قبضه ونقله اليه

(فصل) وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الابراء من ثمنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الابراء ليس من البيع ولا من تتمته فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالابراء من غير ثمنه وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ،فعلى هذا ان تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ،ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فلكه الوكيل فيه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره وان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والاولى أن ينظر

أو أبطلتها أو نقضتها أو أزلتك أو صرفتك أو عزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به وما أشبه ذلك من الالفاظ المقتضية عزله والمؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد مايقتضي فسخها حكما على ما ذكرنا أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختيار امساكها وكذلك لو وطيء الرجعية كان ارتجاعا لها فاذا اقتضى رغبتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها وان باشرها دون الفرج أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به، وان وكله في بيع عبد ثم كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه على احدى الروايتين لايبقى محلا للبيع وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وان باعه بيعا فاسداً لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر

(مسئلة) (واذا وكل اثنين لم يكن لاحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه)

وجملة ذلك أنه اذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون فيه وان

فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا في قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له لان ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعا مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان (أحدهما) يملك تثبيته وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة لانه لا يتوصل الى ما وكله فيه الا بالتثبيت (والثاني) لا يملكه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه يمكن أحدهما دون الآخر فلم يتضمن الاذن في أحدهما الاذن في الآخر

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تتمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه ، فان اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقا فهل يملك ان يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين ،فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده فهو ضامن له، وان كان له عذر مثل أن ذهب لينقده فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص عليه أحمد لانه مفرط في امساكه كما في الصورة الاولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط

(فصل) واذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فان قال اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك وان قال اقبض حقي الذي قبل فلان أو على فلان فله

لم يجعل له ذلك فليس لاحدهما الانفراد به لانه لم يأذن في ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فان وكلهما في حفظ ماله حفظاه معاً في حرز لهما لان قوله افعلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ،وفارق هذا قوله بعتكما حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يقيم الحاكم له بغير إذنه، وفارق مالو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرفا لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد اقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم ،وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب فادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة، فان قيل هذا حكم الغائب قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلف لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

مطالبة وارثه والقبض لان قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه فان قيل فلو قال اقبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله، قلنا ان الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حنث بفعل وكيله له ولا يحنث بفعل وارثه

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه فان اتهم حلف)

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال (أحدها) أن يختلفا في التلف فيقول الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والاجير المشترك وإنما كان كذلك لانه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الامانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر، قال القاضي إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لايخفى فلا تتعذر إقامة البينة عليه (الحال الثانية)

وجميع التصرفات في هذا سواء وقال أبوحنيفة اذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

(مسئلة) (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه، وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشترين، ولا في الشراء ان يشتري من نفسه)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه في أحدى الروايتين نقلها مهنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي، وكذلك الوصي لايجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في احدى الروايتين وهومذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما أن يشتريا بشرطين احدهما أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء والثاني أن يتولى النداء غيره قال القاضي يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره للنداء واجباً ويحتمل أن يكون مستحبا والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشترين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر به العادة ان يتولاه أكثر

ان يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه انك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئا لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضا مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ولانه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر ، ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله واما باقرار موكله أو بينة فلا ضمان عليه وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن وسواء كان بجعل أو بغير جعل لانه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ،ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لان المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه (الحال الثالثة) أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف فيقول الموكل لم تبع ولم تقبض أو يقول بعت ولم تقبض شيئا فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لانه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيهما كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه، وإن وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف وقال بل اشتريته بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبداً بألف فادعى الوكيل انه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل اذاً وإلا فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله

الناس بنفوسهم فان وكل إنسانا يشتري له وباع جاز على هذه الرواية لانه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجنبي وقال أبو حنيفة يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) واذا اشترى مال اليتيم باكثر من ثمنه فقد قربه بالتي هي أحسن، ولانه نائب عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك نائبه، ووجه الرواية الاولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به ولانه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه لنفسه فلم يجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لانه يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبه الوكيل أو متهم فأشبه الوكيل بل التهمة في الوصي آكد لان الوكيل متهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قرباناً بالتي هي احسن وقد روى ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك قريباً فقال الوصي اشتريه قال لا

(فصل) وحكم الحاكم وأمينه كحكم الوكيل والحكم في بيع احد هؤلاء لوكيله او لولده الصغير او طفل يلي عليه او لوكيله او عبد المأذون له كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على

في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم مطالب بالثمن وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه يطالبه برد مازاد على خمس المائة

ولنا انهما اختلفا فى تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا فى البيع ولانه أمين فى الشراء فكان القول قوله فى قدر ثمن المشترى كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي.

(الحال الرابعة) أن يختلفا فى الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل فان كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالكه فكان القول قوله كالمودع وإن كان بجعل ففيه وجهان (أحدهما) ان القول قوله لانه وكيل فكان القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير وسواء اختلفا فى رد العين أو رد ثمنها. وجملة الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكه لا غير كالمودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم فى الرد لانه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانات فيلحق الناس الضرر (الثاني) من ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب وقال القاضى لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب فى الرد لان احمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لان خيانته قد ثبتت بجحده، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف فهل تقبل بينته؟ على وجهين (أحدهما) لاتقبل لانه كذبها بجحده فان قوله ماقبضت يتضمن

بيعه لنفسه، فاما بيعه لولده الكبير أو والده او مكاتبه فذ كرهم اصحابنا ايضا فى جملة مايخرج على روايتين ولاصحاب الشافعي فيهم وجهان وقال ابو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امتثل امر موكله ووافق العرف فى بيع غيره كما لو باعه لاخيه، وفارق البيع لوكيله لان الشراء انما يقع لنفسه وكذلك بيع عبد المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لان الشراء يقع لنفسه، ووجه الجمع بينهم انه يتهم فى حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم فى الثمن كتهمته فى حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته لهم، والحكم فيما اذا اراد ان يشتري لموكله كالحاكم فى بيعه لماله لانهما سواء فى المعنى

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا فى الوكيل في البيع هل يبيع لولده الكبير وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم فيما قبلها وان اذنت له موليته فى تزويجها خرج في تزويجها لنفسه او ولده او والده وجهان بناء على ماذكر في البيع وكذلك لو وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(مسئلة) (وهل يجوز ان يبيع لولده او والده او مكاتبه؟ على وجهين) وقدذكرنا في المسئلة قبلها

(فصل) فان وكله في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب جواز شرائه من

انه لم يرد شيئا (والثاني) تقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيانته وإن كان جحوده انك لا تستحق علي شيئا أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لأن جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله أيضا لثبوت كذبه وخيانته

(الحال الخامسة) إذا اختلفا فى أصل الوكالة فقال وكلتني فأنكر الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل عدم الوكالة فلم يثبت أنه امينه ليقبل قوله عليه ولو قال وكلتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لآخر وكلتني أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه احمد فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال احمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، فاما ان ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لانها تدعي الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل، ونقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته به كذا ههنا والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والعادة تعجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان التفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن

نفسه لانه اذن له في طرفي العقد فجاز ان يليهما اذا انتفت التهمة كالاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن احدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلتين وجهان

(فصل) فان اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال اصحاب الشافعي لا يجوز في احد الوجهين لانه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فتمانعا

ولنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدلالتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإرادته وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا ينفي دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فانه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يعين له الثمن يعيد البيع بثمن المثل كما لو باع الاجنبي وقد ذكر اصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها أنه لا يجوز ويخرج ههنا مثله والصحيح ماقلناه ان شاء الله تعالى

فيجب جميع الصداق . ولنا أنه يملك الطلاق فاذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به قال احمد ولا تتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لانها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ يحتمل أن لا يلزمه لانه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبه النكاح الفاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزويج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت ببينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له فههنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لانه لا تتعذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها وذكر أن احمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص احمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في احداهما نصا في الاخرى وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه ، ولو غاب رجل فجاء آخر الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وابانها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعقد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالمضارب)

وجملة ذلك ان الموكل إذا عين للوكيل الشراء أو البيع بنقد معين أو حالا لم تجز مخالفته لانه إنما يتصرف باذنه ولم يأذن في غير ذلك وان أذن له في الشراء أو البيع بنسيئة جاز وان أطلق لم يبع إلا حالا بنقد البلد لان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد كما لو باع ماله فان كان في البلد نقدان باع بأغلبهما فان تساويا باع بما شاء منهما وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة وصاحباه له البيع نساء لانه معتاد فأشبه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب والاول أولى لانه لو اطلق البيع حمل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة ولا نسلم تساوي العادة فيهما فان بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة بأجرة تفوت بتأخير الثمن (الثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الالحاق

الوكيل لزمه الالف إلا أن يبينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه لا يلزم الضامن شيء لانه فرع عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شيء فكذلك فرعه.

ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما أقر به كما لو ادعى على رجل انه ضمن له الفا على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق فى ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان فى شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري فان الشفيع يستحق الشفعة فى أصح الوجهين وإن لم تدع المرأة صحة ماذكره الوكيل فلاشيء عليه ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الاخرى فلا يكون فيها اختلاف والله أعلم

(الحال السادس) أن يختلفا فى صفة الوكالة فيقول وكلتك فى بيع هذا العبد قال بل وكلتنى فى بيع هذه الجارية أو قال وكلتك في البيع بألفين قال بل بألف أو قال وكلتك في بيعه نقداً قال بل نسيئة أو قال وكلتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال وكلتك في الشراء بخمسة قال بل بعشرة فقال القاضي القول قول الموكل وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو الخطاب إذا قال اذنت لك في البيع نقداً أو في الشراء بخمسة قال بل اذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل نص عليه احمد في المضاربة لانه امين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط اذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قميصا وحكي عن مالك

(مسئلة) (وان باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)

وجملة ذلك ان الوكيل ليس له ان يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة اذا اطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا أنه وكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء فانه قد وافق عليه وبه ينتقض دليله فان باع بأقل من ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله أو بدون ماقدره له فحكمه حكم من لم يأذن له في البيع ، وعن أحمد البيع صحيح ويضمن الوكيل النقص لان من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض، فعلى هذه الرواية يكون على الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المال وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتغابن الناس بمثله وما لا يتغابنون لان ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لانه بيع غير مأذون فيه أشبه بيع الاجنبي وكل تصرف كان الوكيل فيه مخالفا لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكرنا في موضعه فأما ما يتغابن الناس به عادة وهو درهم في عشرة فمعفو عنه اذا لم يكن الموكل قدر الثمن لان ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه .

(فصل) ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز ان يبيع بثمن المثل لان عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله فان باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد لان الزيادة منهي

ان أدركت السلعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والاصل عدمه فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك قال ما أذنت لك الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف بريء من الشراء ثم لا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل وترد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه انه لا يعلم انه اشتراه بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فكانت يمينه على نفي العلم فاذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده ولا تحل له لانه لا يخلو من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع فاذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه اياها رفع الامر الى الحاكم ليرفق به ليبيعه اياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظلما فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه

عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل ان يلزمه ذلك لانها زيادة أمكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع والنهي يتوجه الى الذي زاد لا الى الوكيل فأشبه ما اذا زاد قبل البيع بعد الاتفاق عليه

﴿مسئلة﴾ (وان باع بأكثر من ثمن المثل صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن هي)

إذا وكله في بيع شيء معين فباعه بأكثر منه صح قلت الزيادة أو كثرت وكذلك ان أطلق فباعه بأكثر من ثمن المثل لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه كمن أذن في البيع بمائة درهم فباعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الاثمان

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه مالو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزاد عليها ما ينفعه ولا يضره ويصير كما لو وكله في الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ماقدر له

﴿مسئلة﴾ (وان قال بعه بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين)

لانه مأذون فيه عرفا فان من رضي بدرهم رضي مكانه ديناراً فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس

لانه عقد مراضاة وان قال ان كانت الجارية لي فقد بعتكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا كما لو قال ان كانت هذه الجارية جاريتي فقد بعتكها وكذا كل شرط علما وجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شكا فيه فاما ان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان الوكيل كاذبا في دعواه فالجارية له لانه اشتراها في ذمته بغير أمر غيره وان كان صادقا فالجارية لموكله فاذا أراد إحلالها له توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن فامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للوكيل ثمنها فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد أذن في بيعها وان كانت للموكل فقد باعها الحاكم في ايفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب ان شاء الله تعالى وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في هذا فأشبه مالو اشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقدا وصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد ان كان باقيا أو بقيمته ان كان تالفا فان أخذ القيمة

أشبه ما لو باعه بثوب يساوي ديناراً فاما ان قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتها أكثر من الدراهم أو بثمانين درهماً وعشرين ثوبا لم يصح وهو مذهب الشافعي لانها من غير الاثمان ولانه لم يؤذن فيه لفظا ولا عرفا بخلاف بيعه بدينار .

(فصل) فان وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها أو وكله مطلقا فباع بعضه بثمن الكل جاز لانه مأذون فيه عرفا فان من رضي بمائة ثمنا للكل رضي بها ثمنا للبعض ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لانه مأذون فيه فأشبه ما لو باع العبد كله بزيادة على ثمنه ، ويحتمل ان لا يجوز لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض فربما لا يختار بيع باقيه للغنى عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض وهكذا لو وكله في بيع عبدين بمائة فباع أحدهما بها يصح لما ذكرنا وهل له بيع الآخر على وجهين فأما ان وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه باقل منها أو وكله مطلقا فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في ان للوكيل المطلق البيع بما شاء

ولنا أن على الموكل ضرراً في تبعضه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفا فلم يجز كما لو وكله في في شراء عبد فاشترى بعضه .

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال بعه بالف نساء فباعه بألف حالة صح ان كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال)

من الوكيل رجع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذها من المشتري لم يرجع على أحد وان كذباه وادعيا انه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين ان كانت قائمة وان كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهما فان رجع على المشتري رجع على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لا غير لانه لم يسلم له المبيع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم وان كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري انه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا ان اعترف المشتري بان الوكيل وكيل في البيع وان أنكر ذلك وقال انما بعتني ملكك فالقول قوله مع يمينه انه لا يعلم كونه وكيلا ولا يرجع عليه بشيء

(فصل) واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك فان طلبه فأخر رده مع امكانه فتلف ضمنه وان وعده برده ثم ادعى انني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه

إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه خالف موكله لكونه انما رضي بثمن النسيئة دون النقد وان باعها نقداً بمثل ثمنها نسيئة أو بما عينه من الثمن فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فهو كما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها باكثر من ثمنها والاولى أن ينظر له فيه فان لم يكن له غرض في النسيئة صح لما ذكرنا وان كان له فيها غرض مثل ان يستضر بحفظ الثمن في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول او نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الاذن لا يتناول المسكوت عنه الا اذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان في المنطوق به غرض صحيح لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره

(مسئلة) (وان وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له (١) أما إذا وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله

(فصل) فان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة وواحداً واحداً لان الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم بخلاف ما لو وكله في شراء عبد فاشترى بعضه فانه لا يصح لانه يفضي الى التشقيص وفيه اضرار بالموكل، فان قال اشتر لي عبيداً صفقة واحدة أو واحدا واحداً أو بعهم لي لم يجز مخالفته لان

(١) هذه المسئلة ذكرت في الاصل بهذا الوضع وهي كما ترى جملها ناقصة فلتراجع في مظنتها في المغني

بوعده برده فان صدقه الموكل بريء وان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين (أحدهما) يقبل لانه لو صدقه الموكل برىء فكذلك اذا قامت له بينة ولان البينة احدى الحجتين فبرىء بها كالاقرار (والثاني) لا يقبل لانه كذبه بوعده بالدفع أما إذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع وان لم يعده برده لكن منعه أو مطله برده مع امكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله لانه ضامن بالمنع خارج عن حال الامانة وان أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لانه لم يكذبها

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول دينارا فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لانه لم يأمره بمصارفته انما كان من ضمان الباعث لانه دفع الى الرسول غير ما أمره به المرسل فان المرسل انما أمره بقبض ماله في ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها وانما دفع دينارا عوضا عن عشرة دراهم وهذا صرف يفتقر الى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلا للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا أن يخبر الرسول الغريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون حينئذ من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل ، وان قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول فهي من ضمان صاحب الدين لانها تلفت من يد وكيله وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنانير وثياب فبعث

تنصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواه ، وان قال اشتر لي عبدين صفقة فاشترى عبدين لاثنين شركة بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وان كان لكل واحد عبد منفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بلفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف ، وان اشتراهما من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل ان يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بثمانين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وان لم يعين الثمن لكل واحد لم يصح البيع لجهالة الثمن وفيه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما ، وقد ذكر ذلك في تفريق الصفقة .

﴿ مسئلة ﴾ (وان وكل فى شراء شيء نقداً بثمن معين فاشتراه به مؤجلا صح)

ذكره القاضي لانه زاده خيراً فأشبه ما لو وكله فى الشراء بمائة فاشترى بدونها ، ويحتمل أن ينظر فى ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجز ولاصحاب الشافعي فى صحة الشراء وجهان :

﴿مسئلة﴾ (وإن قال اشتر لي شاة بدينار فاشترى له شاتين تساوي احداهما دينارا أو اشترى له شاة تساوي ديناراً بأقل منه صح والا لم يصح)

اليه رسولا وقال خذ دينارا وثوبا فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ورجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين انما جعل عليه الضمان لانه دفعهما الى من لم يؤمر بدفعهما اليه ورجع بهما على الرسول لانه غره وحصل التلف في يده فاستقر عليه الضمان وللموكل تضمين الوكيل لانه تعدى بقبض مالم يؤمر بقبضه فاذا ضمنه لم يرجع على احد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ، وقال أحمد في رجل وكل وكيلا في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهنا فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولاضمان عليه إنما لم يضمنه لانه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح فما كان القبض في صحيحه مضمونا كان مضمونا في فاسده وماكان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شيء عليه وان ضاع أحدها أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تتميز منه بغير اذنه ضمنها كالوديعة وانما لزمه الضمان اذا ضاع أحدهما لانه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والاصل بقاؤها ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو اذا خلطها بما تتميز منه فاذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

وجملة ذلك أنه اذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو احداهما تساوي ديناراً والأخرى أقل منه صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والاخرى للوكيل لانه لم يرض بالزامه عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد البارقي دينارا فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله هذا دينار كم وهذه شاتكم فقال «وصنعت كيف؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» ولانه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكروه يبطل بالبيع فان باع الوكيل احدى الشاتين بغير امر الموكل ففيه وجهان (احدهما) لا يصح لانه باع مال موكله بغير إذنه فلم يجز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة ولانه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كالو قال له بعه بدينار فباعه بدينار وماذكره يبطل بالبيع ، فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لانه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة البارقي ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أمره أن يدفع الى رجل مالا فادعى أنه دفعه اليه لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة)

وجملته أن الرجل اذا وكل وكيلا في قضاء دينه ودفع اليه مالا ليدفعه اليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال الى الغريم لم يقبل قوله على الغريم الا ببينة لانه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في الدفع اليه كما لو ادعى الموكل ذلك فاذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لان ذمته لا تبرأ بدفع المال الى وكيله فاذادفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فان ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فللموكل الرجوع عليه اذا قضاه في غيبة الموكل قال القاضي سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول الشافعي لانه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليه شيء الا أن يكون أمره بالاشهاد فلم يفعل ، فعلى هذه الرواية ان صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وان كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لاصحاب الشافعي لانه ادعى فعل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه ، ووجه الاول أنه مفرط بترك الاشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل ، فان قيل فلم يأمره بالاشهاد قلنا اطلاق الامر بالقضاء يقتضي ذلك لانه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا ههنا

فجاز له ابدالها بغيرها وهذا ظاهر كلام احمد لانه اخذ بحديث عروة وذهب اليه ، واذا قلنا لايجوز له بيع الشاة فباعها فهل يبطل البيع او يصح ويقف على اجازة الموكل؟ على روايتين وهذا اصل لكل تصرف في ملك الغير بغير اذنه ووكيل خالف موكله فيه الروايتان وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان

(فصل) واذا وكله في شراء عبد معين بمائة فاشتراه بما دونها صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه عرفا وان قال لا تشتره بدون المائة فخالفه لم يجز لانه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف وان قال اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة يدل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن فان اشتراه بما دون الخمسين جاز في احدى الوجهين لذلك ولانه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد عليها (والثاني) لا يجوز لانه نهاه عن الخمسين استقلالا لها فكان تنبيها على النهي عما دونها كما ان الاذن في الشراء بمائة أذن فيما دونها فجرى مجرى صريح نهيه فان تنبيه الكلام كنصه ، فان قال اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بدرهم فباعه بدينار على ما مضى وان قال اشتر لي نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لانه مأذون فيه عرفا وان قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه ففيما عداه يبقى على مقتضى الاذن

(فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز لانه مأذون فيه عرفا وان خالف في الصفة أو اشتراه باكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبداً بمائة فاشترى

وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وان قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لالرد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً لان تركه الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيله وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان على الوكيل لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك ان أشهد على القضاء عدولا فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين وان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك قال بل في غيبتي أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الاذن أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فماتوا فأنكره الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل معه.

(فصل) وإن وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد فقال أصحابنا لا يضمن إذا أنكر المودع ، وكلام الخرقي بعمومه يقتضي أن لا يقبل قوله على الآمر وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لأن الوديعة لا تثبت إلا بالبينة فهي كالدين ، وقال أصحابنا لا يصح القياس على الدين لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف الدين فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال : لم تدفعه فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه وفيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) وإذا كان على رجل دين وعنده وديعة فجاءه انسان فادعى انه وكيل صاحب الدين والوديعة في قبضهما وأقام بذلك بينة وجب الدفع اليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعها اليه سواء صدقه

عبداً يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشتراه بمائة جاز فاذا اشتراه بدونها فقد زاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان ساوى أكثر مما اشتراه به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

﴿ مسئلة ﴾ (وليس له شراء معيب فان وجد بما اشتراه عيباً فله رده) اذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتري بها إلا سليمة من العيوب لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز له الرد بالعيب فان اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى له ما لم يأذن فيه وان لم يعلم صح البيع لانه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فاذا علم عيبه ملك رده لانه قائم مقام الموكل وللموكل رده أيضاً لانه ملكه ، فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال فان له حقاً فلا يسقط برضاء غيره وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع وفوات الثمن بتلفه فان اخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل فله الرد وان قلنا الرد على الفور لانه أخره باذن البائع فيه وان رضي الموكل سقط الرد

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال البائع موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل بيمينه أنه لا يعلم ذلك)

في انه وكيله أو كذبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان صدقه لزمه وفاء الدين وفي دفع العين اليه روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاؤه كما لو أقر له انه وارثه

ولنا أنه تسليم لا يبرئه فلا يجب كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بان هذا وصي الصغير، وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه، فاما ان أنكر وكالته لم يستحلف وقال أبو حنيفة يستحلف، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال لا يلزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدتها، فان دفع اليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برىء الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه فاذا خلف وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها، وإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما لان الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع اليه قبض مالا يستحق قبضه وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ما أخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة فان ضمن رجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته

لان الاصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا ببينة فان لم يقم بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في رواية لا يستحلف لانه لو حلف كان نائباً في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة ههنا فانه إنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ولو اشترى المضارب معيباً صح لان المقصود منها الربح وهو يحصل مع العيب بخلاف الوكيل فانه قد يكون غرض الموكل القنية والانتفاع والعيب يمنع بعض ذلك

(مسئلة) (فان رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين)

(احدهما) لا يصح وللموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لان رضاه به عزل للوكيل عن الرد بدليل انه لو علمه لم يكن له الرد (الثاني) يصح الرد بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل العلم بالعزل فان رضي الوكيل المعيب أو أمسكه امساكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الاول ان صدق البائع الموكل أن الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم يكن بينة فحلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر ان من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال ابو حنيفة للوكيل شراء المعيب لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل المعيب في اطلاقه ولانه أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب

ولنا ان البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث

ولا ثبتت ببينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه وان صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فان ضمن لم يرجع على احد وان ضمن الدافع رجع عليه لانه وان كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه فاما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمة الدافع لم يبرأمنه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان انه صار ملكا لصاحب الحق وانه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بانه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه .

(فصل) فان جاء رجل فقال اناوارث صاحب الحق فان انكره لزمته اليمين انه لا يعلم صحة ماقال لان اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم لانه لو صدقه لزمه الدفع اليه فلما لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار، وان صدقه في انه وارث صاحب الحق لا وارث له سواه لزمه الدفع اليه بغير خلاف نعلمه لانه مقر له بالحق وانه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق، فاما إن جاء رجل فقال قد أحالني عليك صاحب الحق فصدقه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الدفع اليه لان

ان المقصود فيها الربح وهو يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح بخلاف الوكالة فانه قد يكون المقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون المعيب مانعا منها فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة قوله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

﴿مسئلة﴾ (وان وكله في شراء معين فاشتراه ووجده معيبا فهل له رده قبل اعلام الموكل؟ على وجهين)

(احدهما) له الرد لان الأمر يقتضي السلامة اشبه مالو وكله في شراء موصوفة (والثاني) لا يملكه لان الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته فان قلنا له الرد فحكمه حكم غير المعين وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه ؟ يحتمل وجهين مبنيين على رده اذا علم عيبه بعد شرائه ان قلنا له رده فليس له شراؤه لان العيب اذا جاز الرد به بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لان تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال اشترلي بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل)

وجملة ذلك أنه اذا دفع اليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له ان يشتري بعينها وفي الذمة لأن الشراء يقع على هذين الوجهين فاذا أطلق كان له فعل ما شاء منها فان قال اشتر بعينها فاشتراه في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه اذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبا ولم يلزمه

الدفع اليه غير مبرىء ولاحتمال أن يجيء المحيل فينكر الحوالة أويضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف بان الحق له لا لغيره فأشبه الوارث فان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار، وان قلنا لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي .

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد لانه لاضرر عليه في ذلك فانه متى ادعي الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق علي شيء والقول قوله مع يمينه، وإن كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بغير جعل فكذلك لانه متى ادعي عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ماقبله الا بالاشهاد لئلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وان قال لا يستحق علي شيئا قامت عليه البينة واذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

ثمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل فلم يجز مخالفته ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال اشترلي في ذمتك وانقد الثمن فاشترى بعينه صح) ولزم الموكل ذكره اصحابنا لانه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان اذنا في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها، ويحتمل أن لا يصح لانه قد يكون له غرض في الشراء بغير عينها لشبهة فيها لا يحب أن تشترى بها أو يختار وقوع عقد لا ينفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله على نحو ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في آخر صح وان قال بعه من زيد فباعه من غيره لم يصح)

وجملة ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما أذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله إذنه نطقا ولا عرفا فانه قد يختار التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بع ثوبي غدا لم يجز قبله ولا بعده، فان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم تقيد الاذن به لانه نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته وان كان هو وغيره

﴿ مسئلة ﴾ قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يجز له ان يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين نقلها مهنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئا لنفسه في احدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما ان يشتريا بشرطين (أحدهما) أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء (والثاني) ان يتولى النداء غيره، قال القاضي يحتمل ان يكون اشتراط تولي غيره النداء واجبا ويحتمل ان يكون مستحبا والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني ان يولي من يبيع ويكون هو أحد المشترين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر العادة ان يتولاه أكثر الناس بنفوسهم، وان وكل انسانا يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية لانه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجنبي وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قربه بالتي هي أحسن ولانه نائب

سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيصه على أحدهما اذنا في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان اذنا في زراعة مثله وما دونه ولو اكترى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد جاز له ذلك في غيره وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، فأما ان عين له المشتري فقال بعه فلانا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا لانه قد يكون له غرض في تمليكه اياه دون غيره إلا أن يعلم بقرينة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) اذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له فوجب ان ينتقل الملك اليه كالاب والوصي وكما لو زوج له وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ،ويتفرع من هذا ان المسلم لو وكل ذمياً في شراء دم أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الخمر مال لهم لانهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا ان كل مالا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كتزويج المجوسية وبهذا خالف سائر

عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك لنائبه، ووجه الرواية الاولى أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال بعه غيرك ولانه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبه الوكيل أو متهم فأشبه الوكيل بل التهمة في الوصي آكد من الوكيل لان الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالاحظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قربا له بالتي هي أحسن وقد روي عن ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) والحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولاصحاب الشافعي فيهم وجهان ، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امتثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره فصح كما لو باعه لاخيه وفارق البيع لوكيله لان الشراء انما يقع لنفسه وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لانه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته، والحكم فيما أراد ان يشتري لموكله كالحكم في بيعه لماله لانهما سواء في المعنى

اموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله وكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها وفارق مجالس العقد لان ذلك من شرط العقد فتعلق بالعاقد كالايجاب والقبول واما الثمن فهو حق للموكل ومال من ماله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وان أبرأ الموكل برىء الوكيل كالضامن والمضمون عنه سواء وان دفع الثمن الى البائع فوجد به عيباً فرده على الوكيل كان امانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل ،ولو وكل رجلا يستسلف له العامي كر حنطة ففعل ملك ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم قال أحمد في رواية مهنا إذا دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري منديلا فالمنديل لصاحب الثوب إنما قال ذلك لان هبة المنديل سببها المبيع فكان المنديل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته يخرج على ماذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها وان أذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك ان وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب انه يجوز له ان يشتريه له من نفسه لانه أذن له في طرفي العقد فجاز له أن يليهما اذا كان غير متهم كالاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لانه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلة وجهان

(فصل) واذا أذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لانه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فتمانعا ، ولنا انه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع هي من المشتري لنفسه، في محل لاتفاق التهمة لدلالتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف واخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وانه لا يراد أكثر مما قد حصل وان لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع

﴿مسئلة﴾ (وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه الا بقرينة فان تعذر قبضه لم يلزم الوكيل)

لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الابراء من الثمن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الابراء ليس من المبيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالابراء من غير ثمنه فاما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملكه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، فعلى هذا ان تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره فان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل كان اذنا في قبضه فمتى ترك قبضه ضمنه لان ظاهر حال الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في

الاجنبي ، وقد ذكر أصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها انه لا يجوز فيخرج ههنا مثله والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية، وقال بعضهم لا يجوز لان يد العبد كيد سيده فأشبه مالو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده وذكر أصحابنا وجها كذلك

ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً من غير مولاه فجاز أن يشتريه من مولاه كالأجنبي واذا جاز ان يشتري غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها والوجه الذي ذكره أصحابنا لا يصح لان أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد ذكرنا صحة توكيل السيد في الشراء والبيع من نفسه فههنا أولى، فعلى هذا اذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد فصدقه سيده وزيد صح ولزم زيدا الثمن، وان قال السيد ما اشتريت نفسك الا لنفسك عتق العبد بقوله واقراره على نفسه بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لان زيداً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرىء وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه في الوكالة وكذبه في أنك ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) وان وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح ، وان وكل العبد في اعتاق عبيده والمرأة في طلاق نسائه لم يملك العبد اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لان ذلك ينصرف

البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما ذكرنا ، فان اشترى عبداً فنقد ثمنه فخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن؟ على وجهين، فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده ضمنه وان كان له عذر مثل ان ذهب ينقده أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص أحمد على هذا لانه مفرط في امساكه في الصورة الاولى فلزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط

(مسئلة) (وان وكله في بيع فاسد لم يصح ولم يملكه)

لان الله تعالى لم يأذن فيه ولان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى

ولنا أنه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بالاذن في الفاسد كما لو اذن في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم

(مسئلة) (وان وكله في كل قليل وكثير لم يصح)

لانه يدخل فيه كل شيء فيعظم الغرر ولانه لا يصح التوكيل الا في تصرف معلوم ،وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لان لفظه عام فصح فيما تناوله كما لو قال بع مالي كله

باطلاقه الى التصرف في غيره ويحتمل أن لهما ذلك أخذاً من عموم لفظه كما يجوز للوكيل في البيع ، البيع من نفسه ، في احدى الروايتين ، وان وكل غريماً له في ابراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق عن نفسه فأشبه توكيل العبد في اعتاق نفسه ، وان وكله في ابراء غرمائه لم يكن له أن يبريء نفسه كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكيلا في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فأبرأه صح ولا يبرأ المضمون عنه ، وان وكل الضامن في ابراء المضمون عنه ، أو الكفيل في ابراء المكفول عنه فأبرأه صح وبريء الوكيل ببراءته ، لانه فرع عليه فاذا بريء الاصل بريء الفرع ببراءته

(فصل) وان وكله في اخراج صدقة على المساكين وهو مسكين ، أو أوصى اليه بتفريق ثلثه على قوم هو منهم ، أو دفع اليه مالا وامره بتفريقه على من يريد أو دفعه الى من شاء فالمنصوص عن احمد انه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً فان احمد قال اذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً انما أمره بتنفيذه وذلك لان اطلاق لفظ الموكل ينصرف الى دفعه الى غيره ويحتمل أن يجوز له الاخذ اذا تناوله عموم اللفظ كالمسائل التي تقدمت ولان المعنى الذي حصل به الاستحقاق متحقق فيه واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره ويحتمل الرجوع في ذلك الى قرائن الاحوال فما غلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الاخذ منه وما غلب انه لم يرده فليس له الاخذ ، وما تساوى فيه الامران احتمل وجهين وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان (أولاهما) جوازه لدخولهم في عموم لفظه ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع اليهم فأما من تلزمه مؤونته غير هؤلاء فيجوز الدفع اليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع اليهم .

ولنا أن في هذا غرراً عظيما وخطراً كبيرا لانه يدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والايمان العظيمة فيعظم الضرر

(مسئلة) (وان وكله في بيع ماله كله صح)

لانه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل الغرر وكذلك لو وكله في بيع ما شاء من ماله أو قبض ديونه أوالابراء منها أو ما شاء منها صح لانه يعرف دينه فيعرف ما يقبض فيقل الغرر

(مسئلة) (وان قال اشتر لي ماشئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن وعنه ما يدل على أنه يصح)

اذا قال اشتر لي ما شئت بما شئت لم يصح ذكره أبو الخطاب لان ما يمكن شراؤه يكثر فيكثر فيه الغرر وان قدر له اكثر الثمن وأقله صح لانه يقل الغرر وقال القاضي اذا ذكر النوع لم يحتج الى ذكر الثمن لانه أذن في أعلاه وعنه ما يدل على أنه يصح فانه قد روي عنه فيمن قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه وهذا توكيل في شراء كل شيء ولانه اذن في التصرف فجاز من غير تعيين كالاذن في التجارة

﴿مسئلة﴾ قال (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز وكذلك شراؤه له من نفسه)

يعني ان الاب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والاوزاعي وزادوا الجد فأباحوا له ذلك وقال زفر لا يجوز لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ولانه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز ان يتولى طرفي العقد كالاب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه على ما سنذكره في موضعه فينزل منزلة الاجنبي ولان التهمة بين الاب وولده منتفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فلذلك جاز ، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فان التهمة غير منتفية في حقهم ، وأما تولي طرفي العقد فيجوز بدليل الاصل الذي ذكرناه ولا نسلم ماذكره فيما اذا أراد أن يتزوج ابنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ : أتجعلين أمرك الي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولئن سلمنا فلأن التهمة غير منتفية ثم

﴿مسئلة﴾ قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)

وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه لانه أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما ابطاله كما لو أذن في أكل طعامه ، وتبطل أيضا بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك فان لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان وللشافعي فيه قولان وظاهر كلام الخرقي هذا أنه ينعزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله

(فصل) وقد ذكرنا أنه اذا قال بع ما شئت من مالي أنه يصح وقال أصحاب الشافعي اذا قال بع ماشئت من مالي لم يجز وان قال بع ما شئت من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز التوكيل في بعضه وان قال اشتر لي عبداً تركيا أو ثوبا صرويا صح وكذلك ان قال اشتر لي عبدا أو ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول

ولنا أنه ذكر نوعاً فقد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الغرر ولان تقدير الثمن يضر به فانه قد لايجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه

(مسئلة) (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلا في القبض) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لأن المقصود من التثبت قبضه أو تحصيله

أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعتاق والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله نص عليه في رواية جعفر بن محمد لانه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل ولانه يتصرف بامر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه لما ذكرنا وان عزل الوكيل نفسه لم ينعزل إلا بحضرة الموكل لانه متصرف بامر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة

ولنا ما تقدم فاما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان فان أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ولا يكون عاصيا من غير علمه وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم

(فصل) ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه فحكمه حكم الموت لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل، وان حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف، وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وان كانت في الخصومة أو الشراء في لذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لان الموكل أهل لذلك وله ان يستنيب فيه ابتداء فلا تقطع الاستدامه وان فسق الوكيل لم ينعزل لانه من أهل التصرف الا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق

ولنا أن القبض لم يتناوله الاذن نطقا ولا عرفاً لانه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض

(فصل) اذا وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار أحد جوابي المدعي فملكه كالانكار

ولنا ان الاقرار يقطع الخصومة وينافيها فلم يملك الوكيل الاقرار فيها كالابراء وفارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا ولا يملك المصالحة على الحق ولا الابراء منه بغير خلاف نعلمه الا ان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان وكله في القبض كان وكيلا في الخصومة في أحد الوجهين)

وقال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر لانه لم يتناوله اللفظ

كالايجاب في عقد النكاح فانه ينعزل بفسقه أوفسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف فان كان وكيلا في القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله وهل ينعزل بفسق نفسه فيه وجهان وان كان وكيلا فيما تشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن اهلية التصرف وان كان وكيلا لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينعزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاغماء لان ذلك لا يخرجه عن اهلية التصرف ولا تثبت عليه ولاية الا ان يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما اسلفناه

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه مثل ان يلبس الثوب ويركب الدابة وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني تبطل الوكالة لانها عقد امانة فتبطل بالتعدي كالوديعة

ولنا انه اذا تصرف فقد تصرف باذن موكله فصح كما لو لم يتعد، ويفارق الوديعة من جهة انها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة والوكالة اذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامنا فاذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ولو دفع اليه مالا ووكله في شراء شيء فتعدى في الثمن صار ضامنا له فاذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة وان وجد بالمبيع عيبا فرد عليه أو وجد هو عما اشترى عيبا فرده وقبض الثمن كان مضمونا عليه لان العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه

ووجه الاول أنه لا يتوصل الى القبض إلا بالتثبيت فكان أذنا فيه عرفا ولان القبض لا يتم إلا به فلكه كما لو وكل في شراء شيء ملك تسليم ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه ويحتمل أنه ان كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكل في بيع عين لم يملك تثبيتها لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة. ولنا انه وكيل في قبض حق أشبه الوكيل في قبض الدين وبه يبطل ما ذكروه فانه توكيل في قبضه ونقله اليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان وكل في قبض الحق من انسان لم يكن له القبض من وارثه وان قال اقبض حقي الذي قبله فله القبض من وارثه)

اذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فان قال اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف لانه قد يرى بقاء الحق عندهم دونه وان قال اقبض حقي الذي قبله أو عليه فله مطالبة وارثه والقبض منه لان قبضه من الوارث قبض الحق الذي

(فصل) وان وكل امرأته في بيع أوشراء أوغيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وان وكل عبده ثم اعتقه أو باعه لم ينعزل لذلك ، ويحتمل أن ينعزل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة انما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك فاذا باعه فقد صار الى ملك من لم يأذن في توكيله وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير اذنه فيقطع استدامته وهكذ الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه ، والصحيح أن الوكالة لا تبطل لان سيد العبد أذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الاذن وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة بقي وأن لم يرض بذلك بطلت الوكالة ، وان وكل عبد غيره فاعتقه لم تبطل الوكالة وجها واحدا لان هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ملكه له لا ينافي أذنه له في البيع أو الشراء

(فصل) وان وكل مسلم كافرا فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذميا أو مستأمنا أو حربيا او مرتدا لان العدالة غير مشترطة فيه وكذلك الدين كالبيع وان وكل مسلما فارتد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام وقال أبو حنيفة ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لانه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر ، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضا

على موروثه ، فان قيل فلو قال اقبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض والوارث نائب الموروث فهو كالوكيل ، قلنا الوكيل إذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة واستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئا حنث بفعل وكيله دون وارثه

(مسئلة) (وإن وكله في قبضه اليوم لم يكن له قبضه غداً) لأنه قد يختص غرضه به في زمن حاجته اليه

(مسئلة) (وإن وكله في الايداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع)

كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الخرقي يقتضي أن لا يقبل قوله على الآخر وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان الوديعة لا تثبت إلا ببينة فهو كما لو وكله في قضاء الدين وقال أصحابنا لا يصح القياس لان قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف قضاء الدين ، فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال لم تدفعه فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) ولو وكل رجلا في نقل امرأته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البينة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لانه زال تصرف الموكل فزالت وكالته

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات ولو دفع اليه دينارا ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه إن وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة، وان وكله في الشراء مطلقا و نقد الدينار بطلت أيضا لانه إنما وكله في الشراء به ومعناه أن ينقده ثمن ذلك المبيع اما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه واذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئاً وقف على اجازة الموكل فان أجازه صح ولزم الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال القاضي متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره وقال أصحاب الشافعي متى اشترى لغيره بمال نفسه شيئاً صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو في الذمة لانه اشترى له مالم يؤذن له في شرائه أشبه ما لو اشتراه في الذمة

(مسئلة) (وإن وكله في قضاء الدين فقضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكل)

إذا وكل رجلا في قضاء دينه ودفع اليه مالا ليدفعه اليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة لانه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في ذلك كما لو ادعاه الموكل فاذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لان ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله وهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فان كان قضاه بغير بينة فللموكل الرجوع عليه إذا قضاه في غيبته قال القاضي سواء صدقه أو كذبه وهذا قول الشافعي لانه إذن في القضاء يبرأ به ولم يوجد وعن أحمد لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالاشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لاصحاب الشافعي لانه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى بيعه، ووجه الاول أنه مفرط بترك الاشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل، فان قيل فلم يأمره بالاشهاد؟ قلنا إطلاق الامر بالقضاء يقتضي ذلك لانه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا ههنا وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وأن قوله مقبول في القضاء وإنما لزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل

(فصل) نقل الاثرم عن أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له اذا أمكنك قضاؤها فادفعها الى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي أذن له في القبض لكن جعله وكيلا وتمكن من عليه الدين من القضاء نخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة فقال لا يعجبني أن يدفع اليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفا من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانعزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع الى الوكيل فأما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع اليه فان أحمد قد نص في رواية حرب اذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وازالة للتبعة عنه وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفا من ان يكون الموكل قد مات وانتقل الى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالعزل به وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الايجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضرا فيقبل وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس شيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل وهو الذي نقله الجماعة

لم يضمن الوكيل لان تركه الاحتياط والاشهاد رضا منه بما فعل وكيله وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان عليه لان صريح قوله يقدم على ماتقتضيه دلالة الحال وكذلك إن أشهد على القضاء عدولا فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه، وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين فان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك فأنكر الموكل ذلك أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الموكل أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فماتوا فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل معه

(فصل) قال المصنف رحمه الله (والوكيل أمين لاضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط) سواء كان بجعل أولا لانه أمين أشبه المودع ومتى اختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ أو مخالفته أمر موكله مثل أن يدعي أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع ولانه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر، وكذلك إن ادعى الوكيل التلف فأنكر الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لما ذكرنا وهكذا حكم من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالاب والوصي وأمين الحاكم والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر لانه لو كلف ذلك مع تعذره لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعوى الحاجة اليها وذلك ضرر وقال

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ اويطأ)

وجملة ذلك أن الوكالة اذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ملك التصرف ابدا ما لم تنفسخ الوكالة وفسخ الوكالة أن يقول قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أوعزلتك أوصرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ماأمره به أو وكله فيه وما أشبه هذا من الالفاظ المقتضية عزله أو المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختياره امساكها وكذلك ان وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعيا كان ارتجاعها لها فاذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى وان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق ؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به وإن وكله في بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه وفي الكتابة والتدبير على احدى الروايتين لم يبق محلا للبيع ، وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ، ذكره ابن المنذر .

القاضي إلا أن يدعي تلفها بامر ظاهر كالحريق والنهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الامر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها به وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا يتعذر إقامة البينة عليه ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله اوباقرار موكله أو ببينة فلا ضمان عليه سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أوباعه وقبض ثمنه فتلف الثمن سواء كان بجعل أوغيره لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما فان تعدى أوفرط ضمن وكذلك سائر الامناء ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف في يده من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه

(مسئلة) (وإن قال بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف فالقول قوله) إذا اختلف الوكيل والموكل فى التصرف فيقول الوكيل بعت الثوب وقبضت الثمن فينكر الموكل ذلك أو يقول بعت ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لانه يملك البيع والقبض فقبل قوله فيهما كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهذا أحد القولين لاصحاب الشافعي لانه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه فان وكله في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف قال بل بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الآمر مخيراً في قبول الشراء فان لم يقبل لزم الوكيل الا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء)

وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ماوكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح ، لانه إنما اشترى بثمن في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره ، إذا ثبت هذا فعن احمد روايتان (إحداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والرواية الثانية) يقف على اجازة الموكل فان أجازه لزمه لانه اشترى له وقد أجازه فلزمه كما لو اشترى باذنه ، وإن لم يجزه لزم الوكيل لانه لايجوز أن يلزم الموكل لانه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير اذنه سواء كان وكيلا للذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيلا له ، فاما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير اذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح

وقال القاضي القول قول الموكل الا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبدا بالف فادعى الوكيل أنه اشتراه بها فالقول قول الوكيل إذاً وإلا فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم لكونه مطالبا بالثمن وان اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه مطالبه برد ما زاد على خمسمائة .

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولانه وكيل في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشترى كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي

(مسئلة) (وان اختلفا في رده الى الموكل فالقول قوله ان كان متطوعاً وإن كان بجعل فعلى وجهين)

إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فان كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالكه فكان القول قوله كالمودع وان كان بجعل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله كالاول (والثاني) لايقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها .

ويقف على اجازة المالك فان لم يجزه بطل وإن أجازه صح لحديث عروة بن الجعد انه باع مالم يؤذن له في بيعه فأقره عليه النبي ﷺ ودعا له ولانه تصرف له بخير فصح ووقف على الاجازة كالوصية بالزائد على الثلث ، ووجه الرواية الاولى أنه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح كالو باع مال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازه ولان النبي ﷺ قال لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك» يعني مالم تملك ، وأما حديث عروة فانه يحتمل انه كان وكيلا مطلقاً بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ومتى حكمنا ببطلان البيع فاعترف له العاقد معه ببطلان البيع أو ثبت ذلك ببينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شيء لان الاصل ان تصرف الانسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير اذنه فالقول قول المشتري لما ذكرناه ، ولو قال المشتري إنك بعت مال غيرك بغير اذنه فأنكر البائع ذلك وقال بل بعت ملكي أو قال بعت مال موكلي باذنه فالقول قوله أيضاً ، وإن اتفق البائع والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل بل البيع صحيح فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها او تزوج له بغير اذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فاذا كان

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الاجير والمرتهن)

وجملة ذلك ان الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكه لا غير كالمودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لانه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانة فيلحق الناس الضرر (الثاني) ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والاجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقبل قول المرتهن والمضارب في الرد لان احمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد كالمستعير ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببينة او اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لان جنايته قد ثبتت بجحده ،فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف لم تقبل بينته في أحد الوجهين لانه كذبها بجحده فان قوله قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئا (والثاني) يقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيانته فان كان جحوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لان جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين الا أن يدعي انه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله لثبوت كذبه وخيانته

(مسئلة) (فان قال أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بخمسة فأنكره فعلى وجهين)

وجملة ذلك أنهما متى اختلفا في صفة الوكالة فقال وكلتك في بيع هذا العبد قال بل في بيع هذه الجارية أو قال

بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود اعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا ، والرواية الثانية يصح النكاح ويقف على اجازة المتزوج له فان أجازه صح وإلا بطل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ماتقدم

(فصل) قال القاضي إذا قال لرجل اشتر لي بديني عليك طعاماً لم يصح ولو قال تسلف لي ألفا من مالك في كر طعام ففعل لم يصح لانه لايجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره ، وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال تسلف لي ألفاً في كر طعام واقض الثمن عني من مالك أومن الدين الذي لي عليك صح لانه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه.

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله اذنه مطلقاً ولا عرفا لانه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعباداته وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بع ثوبي غدا لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد وان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان ذلك السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن او حله او بصلاح أهله او بمودة بين الموكل وبينهم تقيد الاذن به لانه قد

في بيعه نقداً فقال بل نسيئة أو قال وكلتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال بل وكلتك في الشراء بعشرة قال بل بخمسة فقال القاضي في المجرد القول قول الموكل وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وابن المنذر، وقال أبو الخطاب اذا قال أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بعشرة فالقول قول الوكيل نص عليه أحمد واختاره القاضي والتعليق الكبير في المضاربة لانه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قميصاً وحكي عن مالك ان أدركت السلعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها اذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما اذا كانت موجودة، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) انهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك فقال ما اذنت الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف برىء من الشراء، ثم لايخلو إما ان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل ويرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير اذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعي الوكيل علمه بذلك حلف أنه

نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته وان كان هو وغيره سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيصه على أحدهما إذنا في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان إذنا في زراعة مثله فادونه ولو اشترى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر صلاة أو اعتكافا في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره وان عين له المشتري فقال بعه فلانا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لم يقدره لانه قد يكون له غرض في تمليكه إياه دون غيره الا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح انه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) وان وكله في عقد فاسد لم يملكه لان الله تعالى لم يأذن فيه لان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه اذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى . ولنا انه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن كما لو أذن في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم

(فصل) وان وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على بعضه لان التوكيل تناول جميعه وفي التبعيض اضرار بالموكل وتشقيص لملكه ولم يأذن فيه، وان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة، واحدا واحدا لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد

لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فاذا حلف مضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده لاتحل له لانه إن كان صادقاً فهي للموكل وان كان كاذبا فهي للبائع ،فان أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه إياها رفع الامر إلى الحاكم ليرفق به ليبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته ثمناً قصاصا بالثمن الذي أخذ منه الآخر ظلماً فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه لانه عقد مراضاة،فان قال له ان كانت الجارية لي فقد بعتكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتكها ففيه وجهان (أحدهما) لايصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يصح جعله شرطا كما لو قال ان كانت هذه الجارية جارية فقد بعتكها وكذلك كل شرط علما وجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شك فيه،وان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان كاذبا فى دعواه فالجارية لموكله فاذا أراد احلالها توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن وامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته ثمنها في الوكيل فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم فى بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد بيعت باذنه وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم فى إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ماذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى

على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم وإن قال اشتر لي عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم تجز مخالفته لان تنصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواه ، وان قال اشتر لي عبدين صفقة فاشترى عبدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وان كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشتراهما من المالكين بان أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بلفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف، وان اشتراهما من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وان لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لان ثمن كل واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما

(فصل) فان دفع اليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له أن يشتري به بعينها وفي الذمة لان الشراء يقع على هذين الوجهين فاذا أطلق الوكالة كان له فعل ماشاء منهما وان قال اشتر بعينها فاشتراه في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه إذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبا ولم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين وان قال اشتر لي في ذمتك وانقد هذه الدراهم ثمنا فاشتراه بعينها فقال أصحابنا يلزم الموكل لانه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان إذنا في عقد لا يلزمه الثمن الامع بقائها ويحتمل أن لا يصح لانه قد

وان اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في ذلك أشبه مالو اشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقداً فصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقيا وبقيمته ان تلف فان أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذها من المشتري لم يرجع بالضمان على أحد ، وان كذباه وادعيا أنه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت قائمة وان كانت تالفة رجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لانه لم يسلم له المبيع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلم يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشترى بما ظلم به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ماذكرناه هذا ان اعترف المشتري بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال انما بعتني مالك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلا ولا يرجع عليه بشيء .

يكون له غرض في الشراء بغيرعينها لكونها فيهاشبهة لايحب أن يشتري بها أويحب وقوع العقد على وجه لاينفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلايجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله كنحو ماذكرناه

(فصل) وان عين له الشراء بنقدأوحالا لم تجز مخالفته وان أذن له في النسيئة والبيع بأي نقدشاء جاز وان أطلق لم يبع إلاحالا بنقدالبلدلان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد ولهذا لو باع عبده بعشرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد وان كان في البلد نقدان باع باغلبهما فان تساويا باع بماشاءمنهما وبهذاقال الشافعي ،وقال أبوحنيفةوصاحباه له البيع نساء لانه معتاد فاشبه الحال ويتخرج لنامثل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقدذكرناهاوالاول أولى لانه لوأطلق البيع حمل على الحلول فكذلك اذا أطلق الوكالة فيه،ولا نسلم تساوي العادة فيهما فان بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجهين(أحدهما)ان المقصود من المضاربةالربح لادفع الحاجة بالثمن في الحال وقديكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن(والثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الالحاق

(فصل) إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه مخالف لموكله لانه رضي بثمن النسيئة دون النقد،وان باعها نقداً بما تساوي نسيئة أو عين له

(فصل) اذاقبض الوكيل ثمن المبيع فهوامانة في يده لايلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده فان طلبه فأخر رده مع امكانه فتلف ضمنه وإن وعده رده ثم ادعى إني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده رده فانصدقه الموكل برىء فان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام بينة بذلك قبلت في أحد الوجهين لانه يبرأ بتصديق الموكل فكذلك اذا قامت له بينة لان البينة إحدى الحجتين فبرىء بها كالاقرار والثاني لايقبل لانه كذبها بوعده بالدفع بخلاف ما إذا صدقه لانه أقر ببراءته فلم يبق له منازع،وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله مع امكانه ثم ادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله الا ببينة لانه صار بالمنع خارجاً عن حال الامانة وتسمع بينته لانه لم يكذبها

(مسئلة) (وان قال اذنت لي ان اتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكر فالقول قول المنكر بغير يمين وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ؟ على وجهين)

وجملة ذلك أن الوكيل والموكل اذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكلتني فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل عدم الوكالة ولم يثبت أنه أمينه فيقبل قوله عليه ولو قال وكلتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك ولو قال رجل

ثمنها فباعها به نقداً فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فكان مأذوناً فيه عرفاً فأشبه مالو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه فان لم يكن له غرض في النسيئة صح وإن كان فيها غرض نحو ان يكون الثمن مما يستضر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الحلول لايتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان في المنطوق به غرض مختص به لم يجز تفويته ولاثبوت الحكم في غيره وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر

(فصل) وإن وكله في الشراء بثمن نقداً فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل، وإن اشتراه نسيئة بثمنه نقداً أو بما عينه له فهي كالتي قبلها ويصح للموكل في قول القاضي، وعلى ماذكرنا ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجز كقولنا في التي قبلها ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ماقدره له ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء فانه وافق عليه وماذكره ينتقض بالشراء فان باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله، أو باع بدون ماقدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا قول الشافعي،

لآخر وكلتني ان أتزوج لك فلانة ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه أحمد فقال ان أقام البينة والا فلا يلزم الآخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقا لغيره، فأما ان ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لانها تدعي الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل ونقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته كذا ههنا ولانه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالعقد والصداق والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والعادة تعجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله، فان كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان الفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتا في الباطن فيجب جميعه

ولنا أنه يملك الطلاق فاذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة ايقاعه لما تحرم به قال أحمد ولا يتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في انكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لانها

وعن احمد أن البيع جائز دون الشراء ويضمن الوكيل النقص لان من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) مابين ثمن المثل وما باعه به (والثاني) مابين ما يتغابن الناس به وما لا يتغابن الناس به لان مايتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لانه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبه بيع الاجنبي ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبه الشراء،وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ماذكر في موضعه إن شاء الله،واما مايتغابن الناس به عادة فمعفو عنه اذا لم يكن الموكل قدر له الثمن لان مايتغابن الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه،ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل لان عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله وان باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح لان الزيادة ممنوع منها منهي عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل أن يلزمه ذلك لانها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها فأشبه مالو أجاز به قبل البيع والنهي يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل فأشبه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

(فصل) ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم فيبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الاثمان

معترفة أنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق،وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لايلزم لانه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يلزمه لازالة الاحتمال وازالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبه النكاح الفاسد،ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر لانه لم يثبت صداقها فترث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة الا بتصديق الورثة أو يثبت ببينة ، وان أقر الموكل بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون تزوج له فان القول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لانه لا تتعذر اقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد الا بها وذكر أن أحمد نص عليه وأشار الى نصه فيما اذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمره به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى بيعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد عليه فيما اذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في احداهما نصاً في الآخر وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه مالو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزاد عليها ثوب ينفعه ولا يضره وإن باعه بمائة دينار أو بتسعين درهماً وعشرة دنانير وأشباه ذلك أو بمائة ثوب أو بثمانين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح ، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس فأشبه مالو باعه بثوب يساوي أكثر من مائة درهم ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدراهم دنانير أو مكان بعضها لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار واما الثياب فلا يصح بيعه بها لانها من غير جنس الاثمان .

(فصل) وان وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثمن الكل جاز لانه مأذون فيه من جهة العرف فان من رضي مائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لانه مأذون في بيعه فأشبه مالو باع العبد كله بمثلي ثمنه ويحتمل أن لا يجوز له بيعه لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفه فربما لا يؤثر بيع باقيه للغنى عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عبدين بمائة إذا باع أحدهما بها صح وهل يكون له بيع العبد الآخر ؟ على وجهين ، فاما إن وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وان وكله مطلقا فباع بعضه باقل من ثمن الكل لم يجز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق البيع بما شاء . ولنا أن على الموكل ضررا في تبعيضه ولم يوجد الاذن فيه نطقا ولا عرفا فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه

(فصل) ولو غاب رجل فجاء رجل الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبانها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعقد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها وانكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه ان المرأة ان صدقت الوكيل لزمه الالف الا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه لا يلزم الضامن شيء لانه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شيء فكذلك فرعه

ولنا ان الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما اقر به كما لو ادعى على رجل انه ضمن ألفا على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشتري فان الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين فان لم تدع المرأة صحة ماذكره الوكيل فلا شيء عليه ، ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الاخرى فلا يكون بينهما اختلاف والله أعلم

(مسئلة) (ويجوز التوكيل بجعل وبغيره) لانه تصرف لغيره لا يلزمه فجاز أخذ الجعل عليه كرد الآبق

(فصل) وان وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين أوبما دون المائة صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف، وان قال لا تشتره باقل من مائة فخالفه لم يجز لانه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف فان قال اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن، وان اشتراه بأقل من الخمسين ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لذلك ولانه لم يخالف صريح نهيه أشبه مازاد على الخمسين (والثاني) لا يجوز لانه نهاه عن الخمسين استقلالا لها فكان تنبيها على النهي عما هو أقل منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن فيما دونها فجرى ذلك مجرى صريح نهيه فان تنبيه الكلام كنصه وان قال اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار على مامضى من القول فيه، ان قال اشتر لي نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لانه مأذون فيه عرفا وان قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل مازاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه ففيما عداه يبقى على مقتضى الاذن

ويجوز بغيره بغير خلاف فاذا وكله بجعل فباع استحق الجعل قبل قبض الثمن لتحقق البيع قبل قبضه فان قال في التوكيل فاذا أسلمت إلي الثمن فلك كذا وقف استحقاقه على التسليم اليه لاشتراطه إياه ولو قال بع ثوبي بعشرة فمازاد فلك صح نص عليه ، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول ابن سيرين واسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود

ولنا ان عطاء روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا ان يعطي الرجل الرجل الثوب أو غيره فيقول بعه بكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجماعا لانها عين تنمي بالعمل عليها أشبه دفع ماله مضاربة. إذا ثبت ذلك فاذا باعه بزيادة فهي له لانه جعلها له وان باعه بما عينه فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالمضارب اذا لم يربح ،وان باعه بنقص فعنه لا يصح لمخالفته فان تعذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكرنا ذلك وان باعه نسيئة لم يصح ولا يستحق الوكيل وان باعه بزيادة نص عليه أحمد في رواية الاثرم

(فصل) اذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل ان يوكله في شراء عبد فاشترى جارية فان كان الشراء بعين مال الموكل فالشراء باطل في أصح الروايتين وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح ويقف على إجازة المالك فان أجازه صح وإلا بطل وهو قول مالك وإسحاق وقد ذكرناه في كتاب البيع فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد الثمن فالشراء صحيح لانه إنما اشترى بثمن في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقد على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله

(فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز لانه مأذون فيه عرفا وان خالفه في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبدا بمائة فاشترى عبدا يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشتراه بمائة جاز فاذا اشتراه بدونها فقد زاده خيرا فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان كان يساوي أكثر مما اشتراه به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(فصل) وان وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي دينارا أو إحداهما تساوي دينارا والاخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والاخرى للوكيل لانه لم يرض إلا بالزامه عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد دينارا فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يارسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وصنعت كيف؟»

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره إذا ثبت ذلك فروي عن أحمد روايتان (احداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير اذنه فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والثانية) يقف على اجازة الموكل ان أجازه لزمه وان لم يجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لكونه لم ياذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا ذكر الخرقي وهذا حكم كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلا للذي قصد الشراء له أو لم يكن

(فصل) وان وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة عقد النكاح ذكرا لزوج فاذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له والثانية يصح النكاح ويقف على إجازة المزوج فان أجازه صح والا بطل وهو مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي اذا قال لرجل اشتر لي بديني عليك طعاما لم يصح ولو قال أسلف لي الفاً من مالك في كر طعام ففعل لم يصح أيضاً لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال أسلف لي الفا في كر طعام واقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي عليك صح لانه اذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وان قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه

فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ولانه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لانه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي دينار جازا لحديث عروة بن الجعد البارقي ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز فجاز له ابدالها بغيرها وظاهر كلام أحمد صحة البيع لانه أخذ بحديث عروة وذهب اليه، واذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يقع البيع باطلا أو صحيحا موقوفا على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير اذنه ووكيل يخالف موكله هل يقع باطلا أو يصح ويقف على اجازة المالك ؟ فيه روايتان وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان

(فصل) واذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتريها الا سليمة لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز الرد بالعيب ،فان اشترى معيبا يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى غير ما أذن له فيه وان لم يعلم عيبه صح البيع لانه انما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول ديناراً فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لانه لم يأمره بمصارفته انما كان من ضمان الباعث لانه دفع الى الرسول غير ما أمره به المرسل لان المرسل انما أمره بقبض الدراهم ولم يدفعها انما دفع دينارا عوضا عنه وهذا صرف يفتقر إلى اذن صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا ان يخبر الرسول الغريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على انه وكيل للمرسل، وان قبض الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول بغير تفريط فهي من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنانير وثياب فبعث اليه رسولا وقال خذ ديناراً أو ثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين إنما جعل عليه الضمان لانه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما اليه ورجع بهما على الرسول لانه غره وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه وللموكل تضمين الوكيل لانه تعدى بقبض مالم يؤمر بقبضه فاذا ضمنه لم يرجع على أحد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلا في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لانه رهن فاسد والقبض في العقد الفاسد كالقبض في العقد الصحيح فما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده ،ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطي آخر دراهم ليشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شيء عليه وان

عن شراء معيب لا يعلم عيبه فاذا علم عيبه ملك رده لانه قائم في الشراء مقام الموكل وللموكل رده أيضا لان الملك له فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال، لان له حقا فلا يسقط برضى غيره، وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد لهرب البائع وفوات الثمن بتلفه، وان أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده وان قلنا الرد على الفور لانه أخره باذن البائع فيه وان قال البائع موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا ببينة فان لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يستحلف لانه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة ههنا وانما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فان رد الوكيل وحضر الموكل وقال قد بلغني العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لان رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن نقول إن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل، وان رضي الوكيل المعيب أو أمسكه امساكا

ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على انه خلطها بما تتميز منه ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تتميز منه بغير اذنه ضمنها كالوديعة وانما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لانه لا يعلم ان الضائع دراهم الموكل والاصل بقاؤها، ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه. فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تتميز منه فاذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لانها ضاعت من غير تعد منه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (فان كان عليه حق لانسان فادعى آخر أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع اليه الا ان تقوم به بينة وان لم تقم به بينة لم يلزمه الدفع اليه وان صدقه) وبه قال الشافعي وسواء كان الحق في ذمته أو وديعة عنده وقال أبو حنيفة يلزمه وفاء الدين إن صدقه وفي الوديعة روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها لانه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاؤه كما لو أقر أنه وارثه

ولنا أنه تسليم لا يبرئه فلا يجب عليه كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه

(مسئلة) (وان كذبه لم يستحلف) وقال أبو حنيفة يستحلف وهذا مبني على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه ثم أوجب عليه اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم فائدتها.

(مسئلة) (فان دفعه اليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجع على الدافع وحده)

ينقطع به الرد لحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك ان صدقه البائع ان الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم تكن به بينة لحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المعيب لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل المعيب في اطلاقه ولا نه أمينه في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب

ولنا أن البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنيته فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة أصله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيبا يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

(فصل) وإن أمره بشراء سلعة بعينها فاشتراها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لان الامر يقتضي السلامة فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة ويحتمل أن لا يملك الرد لان الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته، وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه ؟ يحتمل وجهين أيضا

وجملة ذلك ان من عليه الحق إذا دفعه الى الوكيل مع التصديق أو عدمه لحضر الموكل وصدق الوكيل بريء الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف وكان الحق دينا لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكا لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالاخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذمنه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه

(مسئلة) (وإن كان المدفوع وديعة فوجدها أخذها وإن تلف فله تضمين أيهما شاء ولا يرجع من ضمنه على الآخر بشيء)

إذا كان المدفوع عينا فوجدها صاحبها أخذها وله مطالبة من شاء بردها لان الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها الى صاحبها فان تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما لان الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض مالا يستحق قبضه وأيهما ضمنه لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ما يأخذه ظلم ويقر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بتعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره الا أن يكون الدافع دفعها الى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولم تثبت ببينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وان صدقه لكن ان كان الوكيل تعدى فيها أو

مبنيين على رده اذا علم عيبه بعد شرائه وان قلنا يملك رده فليس له شراؤه لان العيب اذا جاز به الرد بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لان تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

(فصل) واذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك اليه كالاب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الخمر مال لهم لانهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كتزويج المجوسية وبهذا خالف سائر اموالهم واذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن

فرط استقر الضمان عليه فان ضمن لم يرجع على أحد وان ضمن الدافع رجع عليه لانه وان كان يقر بانه قبضه قبضاً شرعياً لكن إنما لزمه الضمان لتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيرجع عليه به

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان ادعى ان صاحب الحق أحاله ففي وجوب الدفع اليه مع التصديق واليمين مع الانكار وجهان .

(أحدهما) لايلزمه الدفع اليه لان الدفع اليه غير مبرىء لاحتمال ان ينكر المحيل الحوالة ويضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف ان الحق انتقل اليه أشبه الوارث والاول أشبه لان العلة في جواز منع الوكيل كون الدافع لا يبريء وهي موجودة ههنا والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدفع اليه يبرىء وهو متخلف ههنا فالحاقه بالوكيل أولى وان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار وان قلنا لايلزمه الدفع مع التصديق لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى أنه مات وأنا وارثه فصدقه أنه وارث الحق لاوارث له سواه لزمه الدفع اليه) بغير خلاف نعلمه لانه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق وإن انكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لان اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم وإنما لزمته اليمين ههنا لان من لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار كسائر الحقوق المالية

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض وكان الحق

في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله فكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد لان ذلك من شروط العقد فتعلق بالعاقد كالايجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من امواله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل بريء الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء وإن دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فرده على الوكيل كان أمانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يتسلف له ألفا في كر حنطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم

(فصل) قال احمد في رواية مهنا اذا دفع الى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري منديلا فالمنديل لصاحب الثوب انما قال ذلك لان هبة المنديل سببها البيع وكان المنديل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

عليه بغير بينة لم يلزم القابض الاشهاد لانه لاضرر في ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا تستحق علي شيئاً والقول قوله مع يمينه وان كان الحق ثبت ببينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بلا جعل فكذلك لانه متى ادعي عليه حق أو قامت به بينة فالقول في الرد قوله، وان كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لئلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وإن أنكر قامت عليه البينة ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان (إحداهما) تثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال قال أحمد في الرجل يوكل وكيلا ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فأما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الخرقي في قوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف ويحتمل أن يكون قول الخرقي كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فقبل شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض. وان شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك ، وإن كان الشاهد بالعزل أجنبياً لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ، ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال

(فصل) في الشهادة على الوكالة اذا ادعى الوكالة واقام شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال اصحابنا فيها روايتان (احداهما) تثبت بذلك اذا كانت الوكالة بمال فان احمد قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الخرقي بقوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال لاقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف، ويحتمل ان يكون قول الخرقي كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض فان شهدا بوكالته ثم قال احدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك لان احدهما لم تثبت وكالته بذلك وان كان الشاهد بالعزل رجلا غيرهما لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ومتى عاد احد الشاهدين بالتوكيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد، وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد احدهما فقال قد عزله بعد ماوكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قالا جميعا قد كان عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد وان كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قال أحدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قالا جميعاً كان قد عزله ثبت العزل لان الشهادة قد تمت في العزل كتمامها في التوكيل

(فصل) فان شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وان شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعجمية وشهد آخر أنه أقر بها بالعربية ثبتت، ولو شهد أحدهما انه قال وكله بالعربية وشهد الآخر انه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلا أو شهد أنه قال جعلتك جريا لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانهما لم يحكيا لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر اذا اتفق معناه، ولو قال أحدهما أشهد انه أقر عندي انه وكله وقال الآخر اشهد انه اقر عندي انه جريه او انه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيداً أو شهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني او تستأمر فلانا لم تتم

(فصل) فان شهد احدهما انه وكله يوم الجمعة وشهد آخر انه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد وان شهد احدهما انه اقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه اقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهد احدهما انه اقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر انه اقربها بالعجمية ثبتت، ولوشهد احدهما انه وكله بالعربية وشهد الآخر انه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد أحدهما انه قال وكلتك وشهد الآخر انه قال اذنت لك في التصرف أوانه قال جعلتك وكيلا او شهد انه قال جعلتك جريا لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال احدهما اشهد انه وكله وقال الاخر اشهد انه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانهما لم يحكيا لفظ الموكل وانما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر اذا اتفق معناه ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر انه جريه أو أنه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيدا أوشهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني او تستأمر فلانا لم

الشهادة لان الاول اثبت استقلالا بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين ، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدح في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما أنه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة تثبت بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا اتصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم اعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخيا وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي ان فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على ان الحكم على الغائب لا يصح

تم الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدح في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد ، ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا أتصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم أعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخياً وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما وان قال ماعلمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسره بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي أن فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبتي لم تسمع دعواه لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة فانه لا يجر بها نفعا ولا يدفع بها ضررا

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبتي لم يسمع لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم ان موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف على نفي العلم لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة لانه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقا بدليل أنه اذا وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك المخاصمة فيه فان شهد بما كان وكيلا فيه بعد عزله لم تقبل أيضا سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبلت شهادته لانه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلا فيه وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلا فيه فانه لم يكن خصما فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانهما يجران الى أنفسهما نفعا وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لأنهما يجران الى انفسهما نفعاً وهو ابقاء النفقة على الزوج ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار

ولنا أن هذه شهادة يثبت بها حق لابيه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه وذلك

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لكونه لا يجر الى نفسه نفعاً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل له فيه لانه يثبت لنفسه حقا بدليل أنه اذا كان وكله في قبض حق فشهد به ثبت له استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل انه يملك المخاصمة فيه فان شهد بما كان وكيلا فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبلت شهادته لانه لا حق له فيه وان لم يخاصم فيه فأشبه مالو لم يكن وكيلا فيه وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلا فيه فانه لم يكن خصما فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا ان زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانهما يجران لانفسهما نفعاً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما، وان شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما نفعاً وهو إبقاء النفقة على الزوج ، ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار

ولنا ان هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولانها

لانهما يثبتان لابيهما نائباً متصرفا ، لهوفارق الشهادة عليه بالاقرار فانها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لان ذلك شهادة عليه ،وان ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضا لذلك،وان ادعى وكيل لموكله الغائب حقا وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لانهما يشهدان على أبيهما وان لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لانهما يشهدان لمن لا يدعيها فان قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وان حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لانهما يثبتان حقا لابيهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لان السيد يشهد لعبده وأبناه يشهدان لعبد أبيهما والابوان يشهدان لعبد ابنهما فان عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ يحتمل وجهين

(فصل) اذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصما لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فان قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وان قلنا يحكم بعلمه وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لان معرفته كالبينة وان عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لانه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

يثبتان لأبيهما نائباً متصرفا له،وفارق الشهادة عليه بالاقرار فانها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لان ذلك شهادة عليه ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضاً كذلك وان ادعى وكيل الموكل الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم ان الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتها وثبت العزل بها لانهما يشهدان على أبيهما وان لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتها لانهما يشهدان لمن لا يدعيها فان قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لانهما يثبتان حقا لابيهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لان السيد يشهد لعبده وابناه يشهدان لعبد أبيهما والابوان يشهدان لعبد ابنهما ، وان عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل يحتمل وجهين

(فصل) اذا حضر رجلان عند الحاكم فاقر احدهما ان الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصما لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيلا فان قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته وان قلنا يحكم بعلمه وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لان معرفته كالبينة وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لانه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ولو ادعى حقا لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي ،وقال أبو حنيفة لا يسمعها الا أن يقدم خصما من خصماء الموكل فيدعي عليه حقا فاذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فحصل الخلاف بيننا في حكمين (أحدهما) أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع ، وبنى أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب وان الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم انك لست بوكيل

ولنا أنه اثبات للوكالة فلم يفتقر الى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فان الباقين لا يفتقر الى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع الا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الاصل جواب عما ذكره

(فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فاذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى انه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لان القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله .

(فصل) إذا قال بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك صح واستحق الزيادة وقال الشافعي لا يصح . ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ولانه يتصرف في ماله باذنه فصح شرط الربح له في الثاني كالمضارب والعامل فى المساقاة .

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ،ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال ابو حنيفة لا يسمعها إلا ان يقدم خصما من خصماء الموكل فيدعي عليه حقاً فاذا اجاب المدعي عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة ،فحصل الخلاف بيننا في حكمين (أحدهما) ان الحاكم يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (الثاني) أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبنى أبو حنيفة على أصله في ان القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم بها قضاء على الغائب وان الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم انك لست بوكيل

ولنا أنه اثبات للوكالة فلم يفتقر الى حضور الموكل عليه كما لو كان عليه جماعة فاحضر واحداً منهم فان الباقين لا يفتقر الى حضورهم كذلك ههنا والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع الا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن لفسه ولم يثبت أنه وكل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الاصل جواب عما ذكره

(فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجه وكيله فانكره فاقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فاذا حضر الموكل وجحد الوكالة وادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لان القضاء على الغائب لا يفتقر الى حضور وكيله

كتاب الاقرار بالحقوق

الاقرار هو الاعتراف ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (وإذ أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقررنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى ألست بربكم ؟ قالوا بلى) في آي كثيرة مثل هذا ، واما السنة فاروي ان ماعزا اقر بالزنا فرجمه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأما الاجماع فان الأئمة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار اخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان آكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع اذا أنكر ولو كذب المدعي بينته لم تسمع وان كذب المقر ثم صدقه سمع .

(فصل) ولا يصح الاقرار إلا من عاقل مختار فاما الطفل والمجنون والمبرسم والنائم والمغمى عليه فلا يصح اقرارهم لا نعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » فنص على الثلاثة والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون والنائم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، واما الصبي المميز فان كان

كتاب الاقرار

الاقرار الاعتراف والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (وإذ أخذ الله ميثاق النبيين - الى قوله - قال أأقررتم وأخذتم على ذلك اصري ؟ قالوا أقررنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألست بربكم قالوا بلى) في آي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فما روي ان ما عزا أقر بالزنا فرجمه النبي ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأما الاجماع فان الامة أجمعت على صحة الاقرار ولان الاقرار إخبار على وجه تنتفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان آكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وانما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعي بينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

(مسئلة) (ويصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه . أما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرسم والنائم والمغمى عليه)

لا نعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه الصلاة والسلام «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ» فنص عن الثلاثة والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون

محجوراً عليه لم يصح إقراره وان كان مأذوناً له صح اقراره في قدر ما اذن له فيه . قال احمد في رواية مهنا في اليتيم اذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز وان أقر انه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول ابي حنيفة ،وقال ابو بكر وابن أبي موسى انما يصح اقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير، وقال الشافعي لا يصح اقراره بحال لعموم الخبر ولانه غير بالغ فأشبه الطفل ولانه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبه الطفل.

ولنا انه عاقل مختار يصح تصرفه فصح اقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم فان أقر من هو مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قوله إلا أن تقوم بينة ببلوغه لان الاصل الصغر ولا يحلف المقر لانا حكمنا بعدم بلوغه الا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين انه حين أقر لم يكن بالغا ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يسمع إقراره بلا خلاف وإن كان بمعصية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي .

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولان السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله وأما المكره

والنائم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، فأما الصبي المميز فان كان محجوراً عليه لم يصح اقراره للنص وإن كان مأذوناً له في البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز، وان أقر انه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح أقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولانه غير بالغ أشبه الطفل ولانه لا تقبل شهادته ولا روايته أشبه الطفل

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم .

(مسئلة) (وكذلك العبد المأذون له في التجارة) لما ذكرنا في الصبي بل صحة اقرار العبد أولى لانه مكلف

(مسئله) (فان أقر مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له فى بلوغه فالقول قول المقر) الا أن تقوم بينة ببلوغه لان الاصل الصغر ولا يحلف لانا حكمنا بعدم بلوغه الا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً

(مسئلة) (ولا يصح اقرار السكران وتتخرج صحته بناء على طلاقه)

اما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يصح اقراره بغير خلاف وان كان

فلا يصح اقراره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فأقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فاقر بطلاق أخرى أو أقر بعتق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على اداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح بيعه نص عليه لانه لم يكره على البيع ، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا ببينة سواء أقر عند السلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الاكراه كالقيد والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لان هذه الحال تدل على الاكراه ، ولو ادعى انه كان زائل العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا ببينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها ، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعا في صحة عقله لان الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة وقد ذكرنا حكم اقرار السفيه والمفلس والمريض في أبوابه. واما العبد فيصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ، ولا يصح اقرار المولى عليه لان المولى لا يملك من العبد الا المال ويحتمل أن يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره به كجناية الخطأ واما اقراره بما يوجب القصاص في النفس فالمنصوص

خلاف وإن كان بمعصية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامدا لغير حاجة لم يصح اقراره ويتخرج أن يصح كطلاقه وهو منصوص الشافعي لان أفعاله تجري مجرى الصاحي

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولان السكران لا يوثق بصحة مايقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح اقرار المكره الا ان يقر بغير ما أكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح)

لا يصح اقرار المكره بما أكره على الاقرار به ، وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع فاما ان أقر بغير ما اكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لرجل فيقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق أخرى أو أقر بعتق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء

﴿مسئلة﴾ (وان أكره على وزن ثمن فباع داره في ذلك صح بيعه)

نص عليه احمد لانه لم يكره على البيع ، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرها لم يقبل قوله إلا

عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه متهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره به وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال الا باختيار سيده لئلا يفضي الى ايجاب المال على سيده باقرار غيره، فلا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد، وجبها المال كالجائفة والمأمومة لانه ايجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل اقرار المولى عليه لانه ايجاب حق في ماله وان أقر بسرقة موجبها المال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا، وان كان موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقته باقيا أو تالفا في يد السيد أو يد العبد قال احمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك وسيده يكذبه فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ويحتمل أن لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي يقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها، وان أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق لان الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بمال ولا تنا

ببينة سواء أقر عند سلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه، الا ان يكون هناك دلالة على الاقرار كالقيد والحبس والتوكل به فيكون القول قوله مع يمينه لان الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى أنه كان زائل العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا ببينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر السلامة وصحة الشهادة وقد ذكرنا اقرار السفيه والمفلس فيما مضى

(مسئلة) (وأما المريض مرض الموت المخوف فيصح اقراره بغير المال) لانه لا تهمة عليه في ذلك وانما تلحقه التهمة في المال

(مسئلة) (وان أقر بمال لمن لا يرثه صح في أصح الروايتين)

لانه غير متهم في حقه وهو قول أكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا يقبل لانه إقرار في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على الثلث ذكرها أبو الخطاب لانه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون

ولنا أنه اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة يحققه أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه وأبرأ لذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول وفارق الاقرار للوارث فانه متهم فيه

لو قبلنا اقراره أضررنا بسيده لانه اذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه، وان اقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولان السيد لو أقر به منفرداً قبل ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل فاذا لم يقبل اقرار العبد منفردا فكيف يقبل مع معارضته لاقرار السيد؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحد وجناية العمد . وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره فان عجز بيع فيها ان لم يفده سيده وقال أبوحنيفة يستسعى في الكتابة وان عجز بطل اقراره بها سواء قضي بها أو لم يقض وعن الشافعي كقولنا وعنه انه مراعى ان ادى لزمه وان عجز بطل . ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بعجزه كالاقرار بالدين وعلى الشافعي ان المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر .

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أوقصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه المولى أو كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيده مطالبته به ولا عفو وان كذبه العبد لم يقبل وان أقر له بمال صح ويكون لسيده لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وان أقر لبهيمة أو دار لم يصح إقرارها وكان باطلا لانها لا تملك

(مسئلة) (ولا يحاص المقر له غرماء الصحة)

وقال أبو الحسن التميمي والقاضي يحاصهم إذا ثبت عليه دين في الصحة ثم أقر لأجنبي بدين في مرض موته واتسع ماله لهما تساويا وان ضاق عنهما فقيل بينهما سواء ، والمذهب أن يقدم الدين الثابت على الدين الذي أقر به في المرض قاله أبو الخطاب قال القاضي وهو قياس المذهب، نص احمد في المفلس على أنه إذا أقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذي بالبينة ، وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع والاقرار لوارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه ببينة كالذي أقر له المفلس وظاهر كلام الخرقي انهما يتحاصان وهو قول أبي الحسن التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر اهل المدينة فان أقر لهما في المرض جميعاً تساويا

(مسئلة) (وان اقر لوارث لم يقبل الا ببينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالاجنبي وللشافعي قولان كالمذهبين وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل إذا اتهم كمن له بنت وابن

المال مطلقا ولا يد لها وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقراراً لأحد ولانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له وإن قال لمالكها أو لزيد علي بسببها الف صح الاقرار وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل .

(فصل) وان أقر لحمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال ابو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل. فعلى هذا ان ولدت ذكراً وانثى كان بينهما نصفين، وان عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يعزيه الى ارث او وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرهما فان ولدت الولد ميتا وكان قد عزى الاقرار الى ارث او وصية عادت الى ورثة الموصي و. وروث الطفل وان اطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره، وان عزى الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضنيها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح اقراره لانه وصل اقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له علي ألف لا تلزمني وإن قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها،ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا تيقن انه كان موجوداً

عم فاقر لابنته لم يقبل وان أقر لابن عمه قبل لانه لا يتهم في انه يزوي ابنته ويوصل المال الى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاختص المنع بموضعها

ولنا أنه إيصال لماله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضا بقية ورثته كهبته ولانه محجور عليه في حقه فلم يصح الاقرار له كالصبي في حق جميع الناس، وفارق الاجنبي فان هبته تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فاجيز اعتبارها بمظنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما

(مسئلة) (إلا أن يقر لزوجته بمهر مثلها فما دونه فيصح) في قول الجميع لا نعلم فيه مخالفاً الا أن الشعبي قال لا يجوز اقراره لها لانه اقرار لوارث

ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فاشبه مالو كان عليه دين ببينة فأقر بانه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فاقر له بثمن مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

(فصل) فان أقر لها ثم أبانها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل اقراره لها وقال محمد ابن الحسن يقبل لانها صارت الى حال لا يتهم فيها فأشبه ما لو أقر لمريض ثم برىء ، ولنا أنه أقر لوارث في مرض الموت

حال الاقرار على ما بين في موضعه ، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاه الى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناؤه باطلا الا أن يستثني عينا من ورق او ورقا من عين)

في هذه المسئلة فصلان (أولهما) أنه لا يصح الاستثناء في الاقرار من غير الجنس وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ان استثنى مكيلا أو موزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوبا من مكيل أو موزون لم يجز ، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لانه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الا ابليس كان من الجن) وقال تعالى (لا يسمعون فيها لغوا الا سلاما)وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

وقال آخر :

عيت جوابا وما بالربع من أحد * إلا أواري لأيا ماأبينهـــا

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل هو اخراج بعض

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي) وفيه وجه آخر أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي وقال أبو حنيفة ان أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان جحدها صح له دون الوارث .

ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين او كما لو جحد الاجنبي الشركة ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب وارث موسر قبل ، ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وكذلك ان قال لعبده اشتريت نفسك مني بألف

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح وان اقر لغير وارث صح وان صار وارثاً نص عليه وقال ان الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية)

وجملة ذلك أنه اذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لاخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره له ، وان أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح اقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور واذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز اقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل

ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثنيت فلانا عن رأيه اذا صرفته عن رأي كان عازما عليه وثنيت عنان دابتي اذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب اليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فاذا ذكره فاصرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثنا وانما سمي استثناء تجوزا وإنما هو في الحقيقة استدراك، والا ههنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيبويه والاستدراك لا يأتي الا بعد الجحود ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس الا بعد النفي ولا يأتي بعده الاثبات الا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار لانه اثبات للمقر به فاذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا وان ذكره بعده جملة كأن قال له عندي مائة درهم الا ثوبا لي عليه فيكون مقراً بشيء مدعيا لشيء سواه فيقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأمورا بالسجود ولا عاصيا بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن لا تسجد اذ أمرتك ؟) واذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله وأهبطه ودحره ؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود الا الملائكة ، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر لكونه معهم ، قلنا قد سقط استدلالكم فانه متى كان

له ابنان فاقر لاحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابنا والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز قراره فقال أحمد لايجوز وبهذا قال عثمان البتي، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية

ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه اذا أقر لغير وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من اهله خالياً عن تهمة فثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط واذا اقر لوارث وقع باطلا لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اذا اقر لوارث فلا يصح كما لو استمر الميراث وان اقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فانها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وان اقر لامراته بدين ثم ابانها ثم تزوجها لم يصح اقراره لها) اذا مات من مرضه لانه اقرار لوارث في مرض الموت اشبه مالو لم يبنها

(مسئلة) (وان اقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح)

يصح اقرار المريض بوارث في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه اقر لوارث فأشبه الاقرار له بمال والاول أصح لانه عند الاقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثا ويمكن بناء هذه المسئلة على ما اذا اقر لغير وارث فصار وارثا فمن صحح الاقرار ثم صححه ههنا ومن ابطله ابطله

داخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثناؤه من الجنس وهـذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى، فعلى هذا متى قال له علي ألف درهم الا ثوبا لزمه الالف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له علي ألف درهم لكن لي عليه ثوب

(الفصل الثاني) اذا استثنى عيناً من ورق أو ورقا من عين فاختلف أصحابنا في صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الخرقي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الاخر فاذا قال له علي دينار الا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا انتفى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول له علي عشرة

﴿ مسئلة ﴾ (وان اقر بطلاق امرأته في صحته لم يسقط ميراثها) اذا كان الاقرار في مرضه لانه متهم بقصد حرمانها الميراث فلم يبطل كما لو طلقها في مرضه

(فصل) ويصح اقرار المريض باحبال الامة لانه ملك ذلك فملك الاقرار به وكذلك كل ما ملك ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المال وان قال من نكاح أو وطء شبهة عتق الولد ولم تصر الامة أم ولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان كان من وطء شبهة لم تصر الامة ام ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلادها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (وان أقر العبد بحد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر بقصاص في النفس فنص احمد أنه يتبع به بعد العتق وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال)

وجملة ذلك ان العبد يصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ولا يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره بجناية الخطأ وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي وأما اقراره بما يوجب

آصع تمراً برنيا الا ثلاثة تمراً معقليا لم يجز لما ذكرناه من الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الخرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

(فصل) فأما استثناء بعض مادخل في المستثنى منه فجائز بغير خلاف علمناه فان ذلك في كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) وقال (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس) وقال النبي ﷺ في الشهيد «يكفر عنه خطاياه كلها الا الدين» وهذا في الكتاب والسنة كثير وفي سائر كلام العرب، فاذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء، فاذا قال له علي مائة الا عشرة كان مقرا بتسعين لان الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناة لماقبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين أن الخمسين المستثناة غير مرادة كما ان التخصيص يبين أن المخصوص غير مراد باللفظ العام وان قال إلا ثلثها أو ربعها صح، وكان مقراً بالباقى بعد المستثنى، وان قال هذه الدار لزيد إلا هذا البيت كان مقرا بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه فى معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض مادخل في اللفظ الاول بكلام متصل، وان قال له هؤلاء العبيد إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه منهم وان قال إلا واحداً صح لان الاقرار يصح مجهولا فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المستثنى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به، وان عين من عدا المستثنى

القصاص في النفس فالمنصوص عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه يتهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول ان لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده لئلا يفضي الى إيجاب المال على سيده باقرار غيره ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة لانه إيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بالمولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق) لانه تصرف فيما هو حق للسيد فعلى هذا يتبع به بعد العتق عملا باقراره على نفسه وعنه يتعلق برقبته كجنايته

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر السيد عليه بمال أو ما يوجبه كجناية الخطأ قبل) لانه إيجاب حق في ماله

﴿ مسئلة ﴾ (وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل اقراره في القطع دون المال)

وجملة ذلك ان العبد اذا أقر بسرقة موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقته باقيا أو تالفاً في يد السيد أو يد العبد قال أحمد

صح وكان الباقي له فان هلك العبيد إلا واحداً فذكر انه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقال ابوالخطاب لايقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله والصحيح أنه يقبل لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فأشبه مالو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه، وان قتل الجميع الا واحدا قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير، اليه وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحداً فهلكوا الا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها.

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر ادواته حكم الاستثناء بالا، فاذا قال له: علي عشرة سوى درهم، أو ليس درهماً أو خلا درهما أو عدا درهما أو ماخلا أو ماعدا درهما أو لا يكون درهما أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بتسعة وان قال: غير درهم، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فانها لوكانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر انه أنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلا منه بالعربية لا قصداً للصفة.

في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك والسيد يكذبه فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان، ويحتمل ان لايجب القطع لان ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها

(فصل) وإن أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره لان اقراره بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بمال لانا لو قبلنا اقراره أضر بالسيد ولانه اذا شاء أقر لغير سيده فابطل ملكه فان أقر السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولانه لو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحد وجناية العمد

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه المولى او كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيده مطالبته به ولا عفو وإن كذبه العبد لم يقبل اقراره، وان أقر له بمال صح ويكون لسيده لان يد العبد كيد سيده، وقال اصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده

(مسألة) (وان اقر السيد لعبده بمال لم يصح) لان العبد لسيده فلا يصح اقراره لنفسه وان أقر

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلا بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت أوعدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما اذا كان في كلامه فانه لايثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والعطف والبدل ونحوه.

(فصل) ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لان الاستثناء رفع بعض ماتناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فان قال له: علي درهم ودرهم الا درهماً، أوثلاثة دراهم ودرهمان الا درهمين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهما أو خمسة وتسعون الا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعي، وهوالذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة ومن أصلنا ان الاستثناء اذا تعقب جملا معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قول الله تعالى(ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه » والوجه الاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء رفع احداهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل احدى

العبد لسيده لم يصح لانه اقر له بماله فلم يفده الاقرار شيئاً

(مسئلة) (وان أقر انه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة وان انكر عتق ولم يلزمه الالف) لانه أقر لعبده بسبب العتق فعتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لم تلزم غيره

(مسئلة) (وان أقر لعبد غيره بمال صح وكان لمالكه) لان مال العبد لسيده

(مسئلة) (وان أقر لبهيمة لم يصح) لانها لا تملك ولا لها أهلية الملك، وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقرارا لاحد لانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له فان قال لمالكها ولزيد علي بسببها الف صح الاقرار، وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل وقيل يصح ويكون لمالكها كالاقرار للعبد

(مسئلة) (وان تزوج مجهولة النسب فاقرت بالرق لم يقبل اقرارها)

لانها تقر على حق الزوج وعنه تقبل في نفسها لانها عاقلة مكلفة فيقبل اقرارها على نفسها كما لو أقرت بمال، ولا يقبل اقرارها بفسخ النكاح ورق الاولاد لان ذلك حق الزوج وان أولدها بعد الاقرار ولدا كان رقيقاً لانه حدث بعد ثبوت رقها وان أقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أتت به في ملكه أوغيره ؟ فهل تصير أم ولد ؟ على وجهين (أحدهما) لا تصير ام ولد لاحتمال أنها أتت به في ملك غيره (والثاني) تصير أم ولد له لانه أقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه استولدها في ملكه

الجملتين مع الاستثناء لغواً لانه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فاما الآية والخبر فان الاستثناء لم يرفع احدى الجملتين انما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فنظيره مالو قال للبواب : من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً الا فلاناً ، ونظير مسئلتنا مالو قال : أكرم زيداً وعمراً الا عمراً ، وان قال له : علي درهمان وثلاثة الا درهمين، لم يصح أيضاً لانه يرفع الجملة الاولى كلها فأشبه مالو قال اكرم زيداً وعمرا الا زيداً ، وان قال له: علي ثلاثة وثلاثة الا درهمين خرج فيها وجهان لانه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الاكثر فاسد كاستثناء الكل

(فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال : له علي عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنياً لخمسة مبقياً لخمسة ، وان كان الثاني غير معطوف على الأول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة ، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله (قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين) فاذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نفياً والثاني اثباتاً فان استثنى استثناء ثالثاً كان نفياً يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا قال : له عشرة الا ثلاثة الا درهماً كان مقراً بثمانية لانه اثبت عشرة ثم نفى منها ثلاثة ثم اثبت درهماً وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وسنزيد لهذا الفصل فروعا في مسئلة استثناء الاكثر .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (واذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه ابنه ثبت نسبه به)

وجملة ذلك أن للاقرار بالنسب شروطا وهو على ضربين :

(أحدهما) أن يقر على نفسه خاصة (والثاني) أن يقر عليه وعلى غيره فان أقر على نفسه خاصة مثل أن يقر بنسب ولد فيعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب ، فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لعن النبي ﷺ من انتسب الى غير ابيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه باحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل ان يولد لمثل المقر (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف لانه مكلف أقر بحق ليس فيه نفع فلزم كما لو أقر بمال فان كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الأب لو عاد بجحد النسب لم يقبل منه ويحتمل أن يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه يثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول أصح لانه نسب ثبت بالاقرار فأشبه نسب الصغير والمجنون، وفارق المال لان النسب يحتاط

(فصل) إذا قال : له هذه الدار هبة او سكنى اوعارية كان إقراراً بما ابدل به كلامه ولم يكن اقراراً بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض مادخل في أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها، وذكر القاضي في هذا وجها أنه لا يصح لانه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشتمال وهو أن يبدل من الشيء بعض مايشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يسئلونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره، وإن قال له هذه الدار ثلثها أو قال ربعها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى (قم الليل إلا قليلا نصفه) وقوله (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض مايدخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره اذا كان مشتملا عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله ان لا يسكنه اياها وأن يعود فيما اعاره

لاثباته وان اعترف انسان ان هذا أبوه فهو كاعترافه بانه ابنه (الضرب الثاني) أن يقر عليه وعلى غيره كاقراره باخ فسنذكره ان شاء الله تعالى

﴿مسألة﴾ (فان كان الصغير المقر بنسبه ميتاً ورثه لانه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه متهم في قصد أخذ ميراثه ، وقال أبوحنيفة لايثبت نسبه ولا ارثه لذلك

ولنا أن علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت كحالة الحياة وما ذكروه يبطل بما إذا كان المقر به حياً موسرا والمقر فقيرا فانه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه علي نفسه ، وان كان المقر به كبيراً عاقلا فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي أنه لاقول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر لايثبت نسبه لان نسب المكلف لايثبت الا بتصديقه ولم يوجد ويجاب عن هذا بانه غير مكلف فان ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لانه وجد الاقرار والتصديق

(فصل) فان اقرت امرأة بولد لم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج فهل يقبل اقرارها؟ على روايتين (احداهما) لايقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقر به أو الحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره (والثاني) يقبل لانها شخص اقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة أو نسب معروف فلا بد ان يثبت انه ابنها وان لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لانها إذا كانت ذات اهل

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ادعي عليه شيء وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك اقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن في المسئلة روايتين (احداهما) أن هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والا حلف غريمه وأخذ واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كالو ادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبين ، ووجه قول الخرقي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا ببينة واما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن ان يكون عليه الف وليس عليه شيء

(فصل) وان قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال وقضيتها وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لان الخمسين التي ذكر انه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل ان يريد بها مما

فالظاهر انه لا يخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها ، ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقاً لان النسب يحتاط له فأشبهت الرجل وقد ذكرنا نحو ذلك في اللقيط

(فصل) وان قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لانه يحتمل ان يكون دخل ارضهم او دخلت هي دار الاسلام فوطئها والنسب يحتاط لاثباته ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين او اكثر من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها ولا عرف لها خروج من بلدها

﴿مسئلة﴾ (ومن ثبت نسبه فجاءت امه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك)

لانها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حياً ولانه يحتمل ان يكون من وطء شبهة او نكاح فاسد .

(فصل) وان اقر رجل بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجية امه، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لان انساب المسلمين واحوالهم يجب حملها على الصحة وهو ان يكون ولدته منه في نكاح صحيح

ولنا ان الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وما ذكروه لا يصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء والنكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره مالم يوجبه لفظ ولا يتضمنه

يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل، ويجيء على قول من قال بالرواية الاخرى ان يلزمه المحسون التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقرارا بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة

(فصل) وإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر كلام اصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال إنما أخبر بذلك لجاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت، ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكر مايرفعه فبقي على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا دارا فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه ههنا إن عاد فادعى القضاء أو الابراء سمعت دعواه لانه لا تنافي بين اقراره وبين مايدعيه

(فصل) وإن قال له علي ألف قضيته إياها لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل لانه رفع ما أثبته بدعوى القضاء متصلا فأشبه مالو قال كان له علي وقضيته، وقال ابن أبي موسى ان قال قضيت جميعه لم يقبل إلا ببينة ولزمه ما أقر به وله اليمين على المقر له ولو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لانه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل فأشبه مالو استثناه بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ماهو ثابت فأشبه استثناء الكل. ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه الف قد قضاه فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه يقتضي براءة ذمته

(فصل) اذا كان له أمة لها ثلاثة اولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فاقراره صحيح ويطالب بالبيان فان عين أحدهم ثبت نسبه وحريته، ثم يسئل عن كيفية الاستيلاد فان قال بنكاح فعلى الولد الولاء والام والآخران من أولادها رقيق، فان قال استولدتها في ملكي فالمقر به حر الاصل لاولاء عليه والامة أم ولد ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه ابنا أم ولد حكمها حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالاكبر قن والاصغر له حكم أمه وان عين الاصغر فاخواه رقيق قن لانها ولدتهما قبل الحكم بكونها ام ولد، وان قال هي من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان وان مات قبل أن يبين اخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولديها حكم الاستيلاد لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره فان لم يكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي لانه لا يورثه بالقرعة. ولنا أنه حر استندت حريته الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره

(فصل) اذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين وان كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن إلحاقه به وان لم يكن لكل واحدة منهما زوج

منه وتحريم مطالبته به والاقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتا ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة إلا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فانما يرفع جزءاً كان ثابتاً فاذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء

وان وصل اقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أني بالخيار لزمه الالف ولم يقبل قوله في اسقاطه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي أنه اذا قال له علي ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزا اقراره إلى سببه فقبل كما لو عزاه الى سبب صحيح

ولنا أن هـذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكما لو قال له علي الف لا يلزمني أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه فان ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقراره اخبار بثبوته فيتنافيان وان سلم ثبوت الالف عليه فهو ما قلناه

ولكن أقر السيد بوطئهما صارتا فراشا ولحق ولداهما به اذا امكن ان يولدا بعد وطئه وان امكن في إحداهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من امكن لانه ولده حكماً، وان لم يكن اقر بوطء واحدة منهما صح إقراره وثبتت حرية المقر به لانه اقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ثم يكلف البيان كما لو طلق احدى نسائه فاذا بين قبل بيانه لان المرجع في ذلك اليه ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدتها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وان قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علقت بمملوك، وان قال بوطء شبهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علقت به في غير ملك، وان ادعت الاخرى أنها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاد فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار بشيء فاذا حلف رقت له ورق ولدها فاذا مات ورثه ولده المقر به وان كانت امه قد صارت ام ولد عتقت، وان لم تصر ام ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك وان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففي الامة وجهان (أحدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يعتق لان الظاهر أنها ولدته في ملكه لانه أقر لولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي، فان لم يكن وارث او كان وارث لم يبين عرض على القافة فان ألحقته باحدهما ثبت نسبه وكان حكمه

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حداً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافا فاذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو أو ادعى زيد على ميت شيئاً معينا من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجبت عليه غرامته لعمرو وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لانه أقر له بما عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي اقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به ، وان قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمر أو غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها اليه ويغرمها لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم

ولنا أنه اقر بالغصب الموجب للضمان والرد الى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بغصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعنيه رجل آخر فالثوب للاول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل

كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف اقرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لان للقرعة مدخلا في اثبات الحرية وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب الابن لانا تيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لانه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا ان يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سعايتهما والكلام في قسمة الحرية والسعاية ذكره في باب العتق

(مسئلة) (وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل وان كان بعد موتهما وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب وان كان معه غيره لم يثبت النسب وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر)

إنما لم يقبل اقراره في حياتهما لانه على غيره فلا يقبل فاما ان كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب سواء كان المقر واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الموروث في ديونه والديون التي عليه وفي دعاويه كذلك في النسب إلا ان يكون الميت قد نفاه فلا يثبت لانه يحمل على غيره نسباً حكم بنفيه فان كان وارثاً ومعه شريك في الميراث لم يثبت النسب لانه لا يثبت في حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه

(فصل) فان قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بأنها كانت في يده وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمرو لا ينافي ذلك لأنها يجوز ان تكون في يد زيد باجارة او عارية او وصية ولا يغرم لعمرو شيئاً لانه لم يكن منه تفريط ،وفارق هذا ما اذا قال هذه الدار لزيد بل لعمرو لانه أقر للثاني بما اقر به للاول فكان الثاني رجوعا عن الاول لتعارضهما وهنا لا تعارض بين اقراريه وان قال ملكها لعمرو وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل ذكره القاضي وقيل يلزمه دفعها الى عمرو ويغرمها لزيد لانه لما اقربها لعمرو أولا لم يقبل اقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهو لعمرو أوقال هو لعمرو دفعه الي زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه

(فصل) وان قال غصبتها من أحدهما أو هي لأحدهما صح الاقرار لانه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطالب بالبيان فان عين أحدهما دفعت اليه ويحلف للآخر إن ادعاها ولا يغرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ،وان قال لا اعرفه عينا فصدقاه نزعت من يده وكانا خصمين فيها وان كذباه فعليه اليمين أنه لا يعلم وتنزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة أقرعنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه وان بين الغاصب بعد ذلك مالكها قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد منهما أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه فان حلف

وقد دل على ثبوت النسب باقرار الواحد اذا كان وارثاً حديث عائشة رضي الله عنها أن سعد بن ابي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد اوصاني اخي عتبة إذا قدمت ان انظر الى ابن أمة زمعة واقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة اخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك ياعبد بن زمعة،الولد للفراش وللعاهر الحجر »فقضى به لعبد بن زمعة وقال «احتجبي منه ياسودة »والمشهور عن أبي حنيفة انه لايثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا انه حق ثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين وللمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

﴿مسئلة﴾ (وان اقر من عليه الولاء بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدقه مولاه)

لان الحق لمولاه فلا يقبل اقراره بما يسقطه ويتخرج ان يقبل بدونه ذكره في المحرر

﴿مسئلة ﴾ (وان اقرت امرأة بنكاح على نفسها فهل يقبل؟ على روايتين)

(إحداهما) يقبل لانه حق عليها فيقبل كما لو اقرت بمال (والاخرى) لا يقبل لانها تدعي النفقة والكسوة والسكنى فلا يقبل

لاحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لهما جميعا فسلمت الى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت عليه فقضي عليه كما لو ادعاها وحده

(فصل) فان كان في يده عبدان فقال أحدهذين لزيد طولب بالبيان فان عين احدهما فصدقه زيد اخذه، وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في العبد الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الاخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد المقر به لكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في احد الوجهين وفي الاخر ينزع من يده لاعترافه بانه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه فان ابى التعيين فعينه المقر له وقال هذا عبدي طولب بالجواب فان انكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين يقضى عليه وان اقر له فهو كتعيينه

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد ثم جاءه به فقال: هذا الذي أقررت به فقال ليس هو هذا إنما هو آخر فعلى المقر اليمين انه ليس له عنده سواه ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له لانه لا يدعيه وإن قال: هذا لي ولي عندك آخر سلم اليه هذا وحلف له على نفي الآخر وكل من أقر لرجل بملك فكذبه بطل قراره لانه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به وفي المال وجهان (أحدهما) يترك في يد المقر لانه كان محكوماً له به فاذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه (والثاني) يؤخذ الى بيت المال لانه

(مسئلة) (فان أقر المولى عليها به قبل ان كانت مجبرة)

لان المرأة لا قول لها في حال الاجبار وكذلك ان كانت مقرة بالاذن نص عليه وقيل لايقبل الا على المجبرة من المحرر وان لم تكن مجبرة لم يقبل لانه إقرار على الغير فلم يلزمها كما لو أقر عليها بمال

(مسئلة) (وان اقر أن فلانة امرأته او اقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موت المقر صح)

وورثه كما لو صدقه في حياته وقد ذكرنا فيما اذا اقر بنسب كبير عاقل بعد موته هل يرثه؟ على وجهين بناء على ثبوت نسبه فيخرج ههنا مثله وان كان قد كذبه في حياته ففيه وجهان

(مسئلة) (وان اقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة فان اقر بعضهم لزمه بقدر ميراثه فان لم تكن تركة لم يلزمهم شيء)

إذا أقر الوارث بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو اقر به الميت في حياته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء لانه لا يلزمه اداء دينه إذا كان حياً مفلسا فكذلك إذا كان ميتاً، وان خلف تركة تعلق الدين بها وان احب الوارث تسليمها في الدين فله ذلك وان احب استخلاصها ووفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها اوقدر الدين

لم يثبت له مالك وقيل يؤخذ فيحفظ حتى يظهر مالكه لانه لا يدعيه أحد ومذهب الشافعي مثل هذا، فان عاد أحدهما فكذب نفسه دفع اليه لانه يدعيه ولا منازع له فيه، وان كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن اقراره وادعاه المقر له فان كان باقياً في يد المقر فالقول قوله مع يمينه كما لو لم يقر به لغيره(١) وان كان معدوماً بتلف أو اباق ونحوه بغير تعد من أحدهما فلا شيء فيه من يمين ولا غيرها وإن كان بتعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً فاذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعد منه والله أعلم

(١) من هنا الى آخر الفصل زيادة من بعض النسخ

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفا أو صغاراً أو الى شهر كانت عشرة جيادا وافية حالة)

وجملته أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دوانق واقتضى أن تكون جياداً حالة كما لو باعه بعشرة دراهم واطلق فانها تلزمه كذلك، فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك، فان عاد فقال زيوفاً - يعني رديئة - أو صغارا وهي الدراهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان

بمنزلة الجاني فان كان الوارث واحدا فحكمه ما ذكرنا وان كانا اثنين او اكثر وثبت الدين باقرار الميت او ببينة او اقرار جميع الورثة فكذلك وإذا اختار الورثة اخذ التركة وقضاء الدين من اموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن اقر احدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحكم والحسن واسحاق وابو عبيد وأبو ثور والشافعي في احد قوليه وقال اصحاب الرأي يلزمه جميع الدين او جميع ميراثه وهو احد قولي الشافعي رجع اليه بعد قوله كقولنا لان الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) ولانه يقول ما أخذه المنكر اخذه بغير استحقاق فكان غاصبا فيتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه اجنبي

ولنا انه لا يستحق اكثر من نصف الميراث فلا يلزمه اكثر من نصف الدين كما لو اقر أخوه ولانه اقرار يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالاقرار بالوصية واقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت ببينة أو قول الميت أو اقرار الوارثين لم يلزمه الا نصفه فلم يلزمه باقراره اكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل، ولو لزمه اكثر من حصته لم تقبل شهادته لانه يجربها الى نفسه نفعاً فان كان عليه دين ببينة أو اقرار الميت قدم على ما أقر به الورثة من المحرر

كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم،أو الى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً،وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والوديعة لانه أقر بفعل في عين، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه مالو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيبا

ولنا أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الجياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فان العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه فاما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للتنفس أو اعترضته سلعة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال: له علي دراهم قضيته إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إن قال: له علي عشرة دراهم ناقصة قبل قوله وإن قال صغارا وللناس دراهم صغار قبل قوله أيضاً وان لم تكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال دريهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي .

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تقيدت

(فصل) قال رضي الله عنه (وان اقر بحمل امرأة صح فان القته ميتاً أو لم يكن حملا بطل وإن ولدت حياً وميتا فهو للحي وإن ولدتهما حيين فهو بينهما سواء الذكر والانثى ذكره ابن حامد) إذا اقر لحمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال أبو عبدالله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل،فعلى هذا إن ولدت ذكراً وانثى كان بينهما نصفين وان عزاه إلى ارث اووصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وان ولدت حياً وميتاً فالكل للحي لانه لايخلو اما ان يكون الاقرار له عن ارث أووصية وكلاهما لا يصح للميت،وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا أن يعزوه الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرهما،فان وضعت الولد ميتاً كان قد عزا الاقرار إلى ارث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل وان اطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لايعرف من اراد باقراره،وان عزا الاقرار الى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي الف أقرضنيها أووديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل وعلى قول ابن حامد ينبغي ان يصح اقراره لانه وصل باقراره ما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له الف لا يلزمني،وان قال له علي الف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار لحمل الا اذا تيقن أنه كان موجوداً حال الاقرار على ما بين في الوصية له، وان أقر لمسجد

به كما لو وصف الثمن به فقال : بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل يحققه ان الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتضي الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها، وعلى ما ذكروه لا سبيل له الى الاقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ماهو واجب عليه فيفسد باب الاقرار ، وقول من قال ان قوله صغاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح لأن مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع الى تفسير المقر ،فاما ان قال زيوفاً وفسرها بمغشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل تفسيره وان فسرها بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعا عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم اربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم اربعة دوانيق ونصفاً ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، اوفي بلد دراهمهم مغشوشة كمصر والموصل ففيه وجهان (أولهما) يلزمه من دراهم البلد ودنانيره لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والأثمان (والثاني) تلزمه الوازنة الخالصة من الغش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فانه ايجاب

أو مصنع أو طريق وعزاه إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين وان لم يكن ثم حمل بطل الاقرار لانه أقر لغير شيء

(مسئلة) (وان أقر لكبير عاقل فلم يصدقه بطل اقراره في أحد الوجهين)

لانه اقرار بحق أشبه النسب فعلى هذا يقر المال في يد المقر لانه كان في يده فاذا بطل إقراره بقي كانه لم يقر به والوجه الثاني يؤخذ المال إلى بيت المال فيحفظه حتى يظهر مالكه لانه باقراره خرج عن ملكه ولم يدخل في ملك المقر له وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كالمال الضائع يترك في بيت المال قال صاحب المحرر فعلى هذا الوجه أيهما غير قوله لم يقبل منه وعلى الاول ان عاد المقر فادعاه لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولا الى دعواه ،ولو كان عوده إلى دعواه قبل ذلك ففيه وجهان ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برقها للغير فهو كغيره من الاموال على الاول وعلى الثاني يحكم بحريتهما .

باب مايحصل به الاقرار

إذا ادعى عليه الفاً فقال نعم أو أجل أو صدقت أو انا مقر بها أو بدعواك كان مقرا ومثله أنا مقر بما ادعيت لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ماوعد ربكم حقاً؟ قالوا نعم) وان

في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار إخبار عن حق سابق فانصرف الى دراهم الاسلام

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقربها فيه قبل لان إطلاقه ينصرف اليه وان فسرها بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت مثلها لانه لا يتهم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل أن لا يقبل لان اطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولانها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره بها كالناقصة وزنا ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل ما فسره به وفارق الناقصة لان اطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فانه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لانه كبير في العرف وإن قال له علي دريهم فهو كما لو قال درهم لان التصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهيم ولم أقل * بذيالك الوادي وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولعت * به أحرف التصغير من شدة الوجد

قال اليس لي عندك الف ؟ قال بلى كان اقراراً صحيحاً لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى (ألست بربكم ؟ قالوا بلى)

(مسئلة) (وان قال أنا اقر أو لا أنكر أو يجوز ان يكون محقاً أو عسى أو لعل أو أحسب أو أظن أو أقدر أوخذ او اتزن أوافتح كمك لم يكن مقراً)

إذا قال أنا مقر لم يكن اقرارا لانه وعد بالاقرار في المستقبل وكذلك ان قال لا انكر لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسما آخر وهو السكوت عنهما، وان قال يجوز أن يكون محقاً لم يكن اقرارا كذلك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانهما للترجي، وان قال أظن أو أحسب أو اقدر لم يكن مقراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وكذلك ان قال خذ او اتزن أو افتح كمك لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن أو افتح كمك لشيء آخر

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال انا مقر أو خذها او اتزنها او اقبضها او احرزها أو هي صحاح فهل يكون مقراً ؟ يحتمل وجهين)

إذا قال أنا مقر ولم يزد احتمل ان يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال اقررت قال الله تعالى (قال أأقررتم واخذتم على ذلكم اصري ؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقرارا ويحتمل ان لا يكون مقرا لانه يحتمل ان يريد غير ذلك مثل

وإن قال له علي عشرة دراهم عددا لزمته عشرة معدودة وازنة لان إطلاق الدراهم يقتضي وازنة وذكر العدد لاينافيها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن فحكمه حكم مالو أقربها في بلد أوزانهم ناقصة أودراهمهم مغشوشة على مافصل فيه

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان كما لو قال له علي درهم ودرهم، ولافرق بين أن يكون الاقرار في وقت واحد أو في أوقات اوفي مجلس واحد اومجالس. ولنا انه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحا وهوداً وصالحاً ولوطا وشعيبا وابراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في اخرى كذا ههنا، فان وصف احدهما واطلق الآخرة كذلك لانه لايجوز ان يكون المطلق هو الموصوف اطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيدا لما ذكرنا وان وصفه في إحدى المرتين بغير ماوصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له علي درهم من قرض أودرهم من ثمن ثوب ثم قال درهم من ثمن عبد أوقال درهم أبيض ثم قال درهم أسود فهما درهمان لأنهما متغايران

(فصل) وإن قال له علي درهم ودرهم أودرهم فدرهم أودرهم ثم درهم لزمه درهمان وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجها فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي

ان يريد انا مقر بالشهادة اوببطلان دعواك ، وان قال خذها اواتزنها أواقبضها اواحرزها لي أوهي صحاح فهل يكون مقرا؟ يحتمل وجهين ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولا يجوز ان يعطيه مايدعيه من غير ان يكون واجبا عليه فأمره باخذها أولى أن لايلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقراراً لان الضمير يعود الى ما تقدم

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شاء الله أو في علمي او فيما أعلم أوقال اقضني ديني عليك الفاً أو سلم إلي ثوبي هذا أوفرسي هذه فقال نعم فقد اقر بها)

إذا قال لك علي الف ان شاء الله كان مقراً نص عليه احمد وقال اصحاب الشافعي ليس باقرار لانه علق اقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولان ماعلق على مشيئة الله لاسبيل الى معرفته

ولنا أنه وصل اقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما اقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف الا الفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال له علي الف ان شئت وان شاء في مشيئة الله وان قال له علي ألف الا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع ، وان قال له علي ألف ان شئت وان شاء زيد لم يصح الاقرار وقال القاضي يصح لانه عقبه ما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله

أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة. ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فاشبهت الواو ثم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقتضى ثبوتهما كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقه بانها زيوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له على درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه اذا قال أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه أنه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف والعطف يقتضي المغايرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والاقرار لا يقتضي تأكيدا فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم أو درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجها واحداً لان الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد

(فصل) وإن قال له علي درهم بل درهمان اودرهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب لانه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لانه لايقبل رجوعه عما اقر به ولزمه الدرهمان اللذان اقربهما. ولنا انه انما نفى الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال له علي ألف أن شهد به فلان وذلك لان الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تذكر في الكلام تبركا وصلة وتفويضاً الى الله تعالى كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلونه بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع يقين صلاتهم بخلاف مشيئة الآدمي والثاني ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقوف الامر على وجودها ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً يتوقف الامر على وجودها والماضي لا يمكن وقفه فتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون لا اقرارا وعدا

(فصل) ولو قال بعتك ان شاء الله أو زوجتك ان شاء الله فقال أبو إسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافا عنه في أنه اذا قيل له قبلت هذا النكاح فقال نعم إن شاء الله ان النكاح واقع وبه قال أبو حنيفة ولو قال بعتك بالف ان شئت فقال قد شئت وقبل صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الايجاب اذا وجد من البائع كان القبول الى مشيئة المشتري واختياره

(مسئلة) (وان قال له علي الف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به) لان ما في علمه لايحتمل إلا الوجوب ولو قال أقضيتني الالف الذي لي عليك؟ قال نعم كان مقراً به لانه تصديق لما ادعاه وان قال سلم الي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وان قال اشتر عبدي هذا أو قال أعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا لما ذكرنا

فاشبه مالوقال له علي درهم بل اكثر فانه لايلزمه اكثر من اثنين، وان قال له علي درهم بل درهم اولكن درهم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته انت طالق لابل انت طالق انها لاتطلق الا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كما لو اقر بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل الا ان الصحيح انها لا تستعمل الا بعد الجحد الا ان يذكر بعدها جملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز، ونقيضه قول زفر وداود لان ما بعد الاضراب يغاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعا كما لو قال له علي درهم ودرهم ولأنا لو لم نوجب عليه الادرهما جعلنا كلامه لغواً واضرابه عنه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو ديناران أوله علي قفيز حنطة بل قفيز شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علمناه لان الاول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين أقر باحداهما ثم رجع الى الاخرى لزماه، وان قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد ونفاه بعد اقراره به فلم يقبل نفيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان قدم فلان فله علي الف درهم لم يكن مقراً) لانه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لايصير واجباً عند وجود الشرط، وان قال له علي ألف ان قدم فلان فعلى وجهين (أحدهما) لا يكون اقراراً كالمسئلة قبلها (والثاني) يكون مقراً لانه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لانه لا يصلح ان يكون أجلا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر كان اقراراً وان قال اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فعلى وجهين) قال أصحابنا في المسئلة الاولى هو اقرار وفي الثانية ليس باقرار وهو منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل وفي الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ويحتمل انه لا فرق بينهما لان تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعاً وجهان

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال له علي الف ان شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقراً) لانه يجوز أن يصدق الكاذب

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) (أحدهما) لا يكون اقرارا لانه

له بخلاف الاستثناء فانه لا ينفي شيئا أقر به وانما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فاذا قال له عشرة الا درهما كان معناه تسعة

(فصل) وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب، وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار فالظاهر أنه اقرار ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضي النقص

ولنا أن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وأن حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وان قال له علي درهم قبله دينار أو بعده أو قفيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالقول في ذلك كالقول في الدرهم سواء

علقه على شرط فهي كالتي قبلها (والثاني) يكون إقرارا في الحال لانه لا يتصور صدقه إلا أن يكون ثابتاً في الحال وقد اقر بصدقه

(مسئلة) (وان اقر العربي بالعجمية أو العجمي بالعربية وقال لم أرد ماقلت فالقول قوله مع يمينه لانه يحتمل أن يكون صادقا فلا يكون مقرا

﴿ باب الحكم فيما اذا وصل باقراره مايغيره ﴾

إذا وصل باقراره ما يسقطه مثل ان يقول له علي الف لا يلزمني أو قد قبضه أو استوفاه أو الف من ثمن خمر او تكفلت به على أني بالخيار لزمته الالف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي إذا قال له علي الف زيوف وفسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزا اقراره الى سببه فقبل كما لو عزاه الى سبب صحيح إلا في قوله علي الف لا يلزمني

ولنا ان هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي قبلها وكما لو قال له علي الف لا تلزمني أو نقول رفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وتناقض كلامه غير خاف فان ثبوت الف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقراره اخبار بثبوته فتنافيا وان سلم ثبوت الالف عليه فهو ما قلنا

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينهما وان قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لابتداء الغاية وأول الغاية منها والى لانتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ولزمه ما بينهما كالتي قبلها (والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره فان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان وكذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(فصل) وان قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لانها أقل الجمع وان قال له علي دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون العشرة لانها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف ومحمد لا يقبل اقل من مائتين لان بها يحصل الغنى وتجب الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات واحوال الناس فالثلاثة اكثر مما دونها واقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل ان المقر اراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها او كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال له علي الف الا الفا لم يصح) لانه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف لانه رجوع عن الاقرار وان قال الا ستمائة لم يصح وسنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا ما كان حداً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال كان له عندي الف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة درهم فقال الخرقي ليس باقرار والقول قوله مع يمينه) وحكى ابن أبي موسى في هذه المسئلة روايتين (احداهما) ان هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم اجد عن احمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والا حلف غريمه واخذه اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه اقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبين، ووجه قول الخرقي أنه قول متصل تمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان لا يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته عنه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا ببينة

(فصل) وان قال له علي درهمان في عشرة وقال اردت الحساب لزمه عشرون وان قال اردت درهمين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لان كثيراً من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وان كان من أهل الحساب احتمل ان لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه لمعانيها في اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وان قال اردت درهمين في عشرة لي لزمه درهمان لانه يحتمل مايقول وان قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده، فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم احد النقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه ما اقر به وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل إقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهمان.

(فصل) وإن قال : له عندي درهم في ثوب أو في كيس أو زيت في جرة أو تبن في غرارة أو تمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق ، أو قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق ففيه وجهان (أحدهما) يكون مقراً بالمظروف دون الظرف هذا اختيار ابن حامد

وأما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء

(فصل) فان قال كان له علي الف وقضيته منه خمسمائة فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قال وقضيته وان قال له انسان عليك مائة لي فقال قد قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لان الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل انه يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل ويجيء على قول من قال بالرواية الاخرى انه يلزمه الخمسون التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقراراً بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة

(فصل) فان قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر قول أصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئا في الحال انما اخبر بذلك في زمن ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة لم يثبت

ولنا أنه اقر بالوجوب ولم يذكر مايرفعه فبقي على ما كان عليه، ولهذا لو تنازعا داراً فاقر أحدهما للآخر انها كانت ملكه حكم بها له الا انه ههنا ان عاد فادعى القضاء او الابراء سمعت دعواه لانه لاتنافي بين الاقرار وبين مايدعيه وهذا على احدى الروايتين

(فصل) وان قال له علي الف قضيته اياه لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل

ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه ، (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار ويصلح أن يكون مقراً به فلزمه كما لو قال له عندي عبد عليه عمامة وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون ظرفا للثوب فالظاهر أنه ظرف له في حال الغصب صار كأنه قال غصبت ثوبا ومنديلا

ولنا انه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوبا في منديل لي ولو قال : هذا لم يكن مقراً بغصبه فاذا أطلق كان محتملا له فلم يكن مقراً بغصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها ، أو له علي ثوب في منديل ، وإن قال : له عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر، أو قراب فيه سكين فعلى وجهين ، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بفصه وجهاً واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبه مالو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال : له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لان اسم الخاتم يجمعهما وان قال : له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه

(فصل) وإن قال : له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة ، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً وجهان ، وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما

لانه رفع ما اثبته بدعوى القضاء متصلا فأشبه ما لو قال كان له علي وقضيته له وقال ابن ابي موسى إن قال قضيت جميعه لم يقبل الا ببينة ولزمه الالف الذي اقر به وله اليمين على المقر له وأما لو قال قضيت بعضه قبل منه في احدى الروايتين لانه رفع بعض ما اقر به بكلام متصل فأشبه ما لو استثناه بخلاف ما اذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبه استثناء الكل

ولنا ان هذا قول متناقض اذ لا يمكن ان يكون عليه الف قد قضاه فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاءه يقتضي براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال له كان علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن ان يرفع ما كان ثابتا ويقضي ما كان دينا واذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء الف عليه قد قضى بعضه ، ويفارق الاستثناء فان الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما) عبارة عن تسعمائة وخمسين عاما اما القضاء فانما يرفع جزءاً كان ثابتا فاذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على القضاء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويصح استثناء مادون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي النصف وجهان)

الاستثناء من الجنس - وهو ما دخل في المستثنى منه - جائز بغير خلاف علمناه فان ذلك كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما) وقال النبي

كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول .

(فصل) وإن قال : له علي درهم أو دينار أو اما درهم وإما دينار كان مقراً بأحدهما يرجع في تفسيره اليه لأن او وإما في الخبر كالشك وتقتضي أحد المذكورين لاجميعهما، وإن قال: له علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن اقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو اكثر من النصف اخذ بالكل وكان استثناؤه باطلا)

لا يختلف المذهب انه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكى ذلك عن ابن درستويه النحوي وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح مالم يستثن الكل فلو قال : له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى قال(فبعزتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين)فاستثنى في موضع الغاوين من العباد وفي موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وانشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لانه في معنى الاستثناء ومشبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل ،

ﷺ « يكفر عنه خطاياه كلها الا الدين » وذلك في كلام العرب كثير فاذا اقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء فاذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع ان يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل ما امكن اخراجه ولو اقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين ان الخمسين المستثناة غير مرادة كما ان التخصيص يبين ان المخصوص غير مراد باللفظ العام، اذا ثبت ذلك فلا نعلم خلافا في جواز استثناء ما دون النصف وقد دل عليه ماذكرنا من الكتاب والسنة

(فصل) فأما استثناء ما زاد على النصف فلا يختلف المذهب انه لا يصح وهو كاستثناء الكل يؤخذ بالجميع ويحكى ذلك عن ابن درستويه النحوي وقال ابو حنيفة ومالك واصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قول الله تعالى (قال فبعزتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة ولانه في معنى الاستثناء ومشبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الاقل

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ لمجاز في الاكثر كالتخصيص والبدل .

ولنا انه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة، وقال القتيبي يقال صمت الشهر إلا يوما ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوما ، ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحداً أواثنين ولا يجوزأن يقول لقيت القوم إلا أكثرهم ، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع بهما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال : له علي عشرة بل خمسة فاما ما احتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بنى آدم وهم الاقل ، كما قال تعالى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم) وفي الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الاقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين ، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبقى على عمومه لم يستثن منه شيء ثم استأنف (إلا من اتبعك من الغاوين) أي لكن من اتبعك من الغاوين فانهم غووا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي)وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ لمجاز كالتخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الاقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال ابو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنة،وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ويقال لقيت القوم جميعهم الا واحدا أو اثنين ولا يجوزان يقال لقيت القوم الا أكثرهم وان لم يكن صحيحا في الكلام لم يرتفع به ما اقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له علي عشرة بل خمسة،واما مااحتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الاقل كما قال (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم)وفي الآية الاخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله(ان عبادي ليس لك عليهم سلطان) يبقى على عمومه لم يستثن منه شيء فيكون قوله (الا من اتبعك من الغاوين) أي لكن من اتبعك من الغاوين فانهم غووا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وماكان لي عليكم من سلطان الا ان دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لايكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على ان هذا ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة

ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس ههنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل ،والفرق بين استثناء الاكثر والاقل ان العرب استعملته في الاقل وحسنته ونفته في الاكثر وقبحته فلم يجز قياس ماقبحوه على ماحسنوه وجوزوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الخرقي لتخصيصه الابطال بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالاقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل .

(فصل) وإن قال : له علي عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقراً بستة وذلك لانه إذا استثنى الكل أو الاكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فان خمسة الا درهمين عبارة عن ثلاثة استثناها من سبعة بقي أربعة مستثناة من عشر بقي منها ستة وان قال : له علي ثمانية الا اربعة الا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء على قول أبي بكر لانه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة ، وإن قال : علي عشرة إلا خمسة الا ثلاثة إلا درهمين إلا درهما بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقراً بسبعة ،ولو قال عشرة إلا ستة إلا اربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقر بستة،ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهما كان مقراً بثلاثة فاما ان قال: له علي ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء

ليس هذا منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بانه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل والفرق بين استثناء الاكثر والاقل ان العرب استحسنته في الاقل واستعملته ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ليس بالاكثر فجاز كالاقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا في القليل من الكثير والنصف ليس بقليل وهو أولى

﴿ مسألة ﴾ (فاذا قال له علي هؤلاء العبيد العشرة الا واحداً لزمه تسليم تسعة) فان عينه فقال إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه وان قال إلا واحداً ولم يعينه صح لان الاقرار يصح مجهولا فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المسمى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له.

﴿ مسألة ﴾ (فان ماتوا إلا واحداً فقال هو المستثنى فهل يقبل؟ على وجهين) (أحدهما) يقبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي (والوجه الثاني) لا يقبل ذكره أبو الخطاب وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله ، والصحيح الاول لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وانما تعذر تسليم المقر

كله لان استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثناء الكل ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لانه فرعه (والثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطلان ما بينهما (والثالث) يصح ويكون مقرا بدرهمين لانه استثني درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار واستثناء الاكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها .

(فصل) وان قال : له علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثني في الاثبات إلا من الجنس وإن قال : له علي ألف إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور وقال ابو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الالف مبهما يرجع في تفسيره اليه وهذا قول مالك والشافعي لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدراهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إبهامه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فمتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر

به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياته فتلف بعد تعيينه فان قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحدا لانه غير متهم لان المقر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فانه لا يحصل للمقر له شيء ، وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير اليه ، وان قال غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحدا قبل تفسيره به وجهاً واحدا لان المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف ما اذا ماتوا

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا فاذا قال له علي عشرة سوى درهم أو ليس درهما أو خلا درهما أو عدا درهما أو لا يكون درهما أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بدرهم وان قال غير درهم بضم الراء وهو من أهل العربية كان مفسراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا تكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلا منه بالعربية لا قصداً للصفة

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلا بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت وعدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والبدل ونحوه

من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يسئل عن المستثنى منه فان فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح .

(فصل) وان قال : له علي تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافاً وان قال مائة وخمسون درهما فكذلك ، وخرج بعض أصحابنا وجهاً انه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك ان قال الف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما والف درهم أو الف ومائة درهم أو مائة والف درهم والصحيح ما ذكرنا فان الدرهم المفسر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين انه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث ان رسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقال عنترة

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لانها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر او قال : بعتك هذا بمائة وخمسين درهما ، أو بخمسة وعشرين درهما ، لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال له هذه الدار إلا هذا البيت لي قبل منه لان الاول استثناء فلا يدخل البيت في اقراره والثاني في معنى الاستثناء لكونه اخرج بعض ما يتناوله اللفظ بكلام متصل وسواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي درهمان وثلاثة الا درهمين فهل يصح على وجهين؟)

(أحدهما) يصح لان الاستثناء يعود الى الجملتين وهو اقل من النصف (والثاني) لا يصح لانه يعود الى اقرب المذكورين فيكون استثناء اكثر من النصف

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي درهم ودرهم الا درهما أو ثلاثة ودرهمان إلا درهمين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهما أو خمسة وتسعون الا خمسة لم يصح الاستثناء .

ولزمه جميع ما اقر به قبل الاستثناء وهذا قول الشافعي وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة وعندنا ان الاستثناء إذا تعقب جملا معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد إلى الجملتين فاذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي ﷺ « لا يؤمن الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته

(فصل) وإن قال : له علي الف ودرهم أو الف وثوب أو قفيز حنطة فالمجمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال الف درهم وعشرة أو الف ثوب وعشرون وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المجمل اليه لان الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولان الالف مبهم فرجع في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكيلا أو موزونا كان تفسيراً له وان عطف مذروعا أو معدودا لم يكن تفسيراً لان علي للايجاب في الذمة فاذا عطف عليه ما يثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهما. ولنا أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الاخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازداد وا تسعاً) وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولانه ذكر مبهماً مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلا يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الامر على ذلك، أما قوله (أربعة أشهر وعشراً) فانه امتنع أن يكون العشر أشهرا لوجهين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والاشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغيرها (الثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهرا بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الالف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهما أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسيرا لجميع

الا باذنه » قال شيخنا والاول أولى لان الواو لم تخرج الكلام من ان يكون جملتين والاستثناء رفع احداها جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجعل احدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لانه اثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهى غير معطوفة على غيرها فأما الآية والخبر فان الاستثناء لم يرفع احدى الجملتين انما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فنظيره قوله للبواب من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهما الا فلاناً ونظير مسئلتنا ما لو قال اكرم زيداً وعمراً الا عمراً

(مسئلة) وان قال له علي خمسة الا درهمين ودرهما لزمته الخمسة في أحد الوجهين)

لانه استثنى اكثر من النصف وفي الاخر يلزمه ثلاثة ويبطل الاستثناء الثاني

(مسئلة) (ويصح الاستثناء من الاستثناء)

فاذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال له علي عشرة الا ثلاثة والا درهمين كان مستثنيا الخمسة مقراً بخمسة فان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة قال الله تعالى (انا ارسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين) فاذا كان صدر الكلام اثباتا كان الاستثناء الاول نفياً والثاني اثباتا فان استثنى استثناء ثالثا كان نفياً يعود كل استثناء الي ما يليه من الكلام فاذا

ماقبله بخلاف قوله مائة درهم فانه ذكر الدرهم للايجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للايجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والابهام وصرفاً له إلى البيان والافهام، وقول أصحاب أبي حنيفة ان علي للايجاب قلنا فمتى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسرا وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فاما ان لم يمكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كالو قال له علي أربعة دراهم وعشر

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله)

وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر اقراره بانها وديعة قبل تفسيره لا نعلم فيه اختلافا بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لانه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله، وان فسرها بدين عليه قبل أيضاً لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وإن قال له عندي وديعة رددتها اليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فان الالف المردود والتالف ليست عنده أصلا ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله

قال له سبعة الا ثلاثة الا درهما لزمته خمسة لانه أثبت سبعة ثم نفى منها ثلاثة ثم اثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقراً بخمسة

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي عشرة الا خمسة الا ثلاثة الا درهمين الا درهما لزمه عشرة)

على قول أبي بكر لانه منع استثناء النصف وفي الوجه الآخر يلزمه ستة لان الاستثناء إذا رفع الكل أو الاكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه فاستعملنا الاستثناء الاول لوصله بالثاني لان الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقي فان عشرة الا درهما عبارة عن تسعة فاذا قال له علي عشرة الا خمسة الا ثلاثة صح استثناء الخمسة لانه وصلها باستثناء آخر وكذلك صح استثناء الثلاثة والدرهمين لانه وصل ذلك باستثناء آخر والاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات فصح استثناء الخمسة وهو نفي فنفى خمسة وصح استثناء الثلاثة وهي اثبات فعادت ثمانية وصح استثناء الدرهمين وهي نفي فبقيت ستة ولم يصح استثناء الدرهم لانه مسكوت عليه ويحتمل ان يكون وجه الستة ان يصح استثناء النصف ويبطل الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء الثلاثة والاثنين (والوجه الثالث) يلزمه سبعة اذا صححنا الاستثناءات كلها فاذا قال عشرة الا خمسة بقي خمسة فاذا قال الا ثلاثة عادت ثمانية لانها اثبات فاذا قال الا درهمين كانت نفياً فبقي ستة فاذا استثنى درهما كان مثبتاً فصارت سبعة (والوجه الرابع) يلزمه ثمانية لانه يلغي الاستثناء الاول لكونه النصف فاذا قال الا ثلاثة كانت مثبتة وهي مستثناة

يجب أن يكون مردودا وقال القاضي يقبل قوله لان أحمد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة أوردها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وان قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو قال له علي الف ثم قال وديعة لم يقبل قوله)

وجملة ذلك أنه اذا أقر بدراهم بقوله علي كذا ثم فسره بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة واذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لان الوديعة عليه حفظها وردها فاذا قال علي وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال علي الف وديعة ولان حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز ان يستعمل علي بمعنى عندي كما قال الله تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي. ولنا ان علي للا يجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته وكذلك لو قال ماعلى فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولاهي عليه انما هي عنده وما ذكروه مجاز طريقه حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل انه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة دراهم وان جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فان كان له اخوة فلأمه السدس) ومواضع كثيرة في القرآن، ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم

من الخمسة وقد بطلت فتبطل الثلاثة أيضاً لبطلان الخمسة ويبقى الاثنان لانهما نفي والنفي يكون من اثبات، وقد بطل الاثبات الذي قبلها فتكون منفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الاثنين لانه نصف.

(فصل) فان قال له علي ثلاثة الا ثلاثة الا درهمين بطل الاستثناء كله لان الاستثناء لدرهمين من الثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثنى الكل ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لان الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني من الاقرار لانه فرعه (الثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطلان مابينهما ويصح (الثالث) ويكون مقراً بدرهمين لانه استثناء لاكثر واستثناء الاكثر عندهم يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا الا ثلاثة الا درهما بطل الاستثناء كله، ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ماقلنا في التي قبلها

﴿مسئله﴾ (ولايصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه)

وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن وقال أبوحنيفة ان استثنى مكيلا أوموزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوباً من غير مكيل أو موزون لم يجزء، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لانه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا

فحذفت المضاف وأقمت المضاف اليه مقامه لم يقبل منه، ولو قال لك من مالي الف قال صدقت ثم قال اردت ان عليك من مالي الفاً وأقمت اللام مقام على كقول الله تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، واما اذا قال لك علي الف ثم قال كان وديعة فتلف لم يقبل قوله لانه متناقض وقد سبق نحو من هذا

(فصل) وان قال لك علي مائة درهم ثم احضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك فقول الخرقي يقتضي ان القول قول المقر له وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليلها ما تقدم وان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فان القاضي وافق ههنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي أداؤها ولانه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان، فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لانه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وان قال له علي مائة وديعة دينا أو مضاربة دينا صح ولزمه ضمانها لانها قد يتعدى فيها فتكون دينا وان قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يقبل لانها تصير بذلك دينا وان قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة، وان قال علي وعندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد، وان قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلا ولم يقبل اذا كان منفصلا وهكذا اذا قال نقدني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

ابليس كان من الجن) وقال سبحانه (لا يسمعون فيها لغواً الا سلاماً) وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

وقال آخر: أعيت جوابا وما بالربع من أحد الا أواري لأياما أبينها

ولنا ان الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل اخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من قولك ثنيت فلانا عن رأيه إذا صرفته عن رأي كان عازما عليه وثنيت عنان دابتي إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب اليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فاذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء وانما سمي استثناء تجوزا وانما هو في الحقيقة استدراك والا ههنا بمعنى لكن هكذا قال اهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيبويه والاستدراك لا يأتي الا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس الا بعد النفي ولا يأتي بعد الاثبات إلا أن يوجد بعد جملة. اذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار لانه اثبات للمقر به فاذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلا وان ذكر بعده جملة كأنه قال له عندي مائة درهم الا ثوباً لي عليه فيكون مقراً لشيء مدعياً لشيء سواه فيقبل اقراره وتبطل دعواه

(فصل) فان قال له في هذا العبد الف أوله من هذا العبد ألف طولب بالبيان فان قال نقد عني الفا في ثمنه كان قرضاً، وان قال نقد في ثمنه الفا قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بايجاب واحد وزن الفاً ووزنت الفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لانه قد يغبن وقد يغبن، وان قال اشتريناه بايجابين قيل فكم اشتري منه فان قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بالف من ثمنه بيع وصرف اليه من ثمنه الف وان أراد أن يعطيه الفا من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يتعين حقه في ثمنه ، وان فسر ذلك بالف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الالف من ثمنه، وان قال أردت أنه رهن عنده بالف ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لان حق المرتهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه

(فصل) وان قال له في مالي هذا الف أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره لان ماله ليس هو لغيره

ولنا أنه أقر بالف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف اليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم

كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء ، واما قوله تعالى (فسجدوا الا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل إن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (مامنعك أن لا تسجد إذا أمرتك) وإذا لم يكن مأموراً فلم أبلسه الله واهبطه ودحره ولا يأمر الله بالسجود الا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم فدخل ابليس في الامر لكونه معهم قلنا فقد سقط استدلالكم فانه متى كان ابليس داخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثناؤه من الجنس وهو ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى. فعلى هذا متى قال له علي مائة درهم الاثوبا لزمته المائة لان الاستثناء باطل على مابينا

(مسئلة) (الا ان يستثني عيناً من ورق أوورقا من عين فيصح)

ذكره الخرقي وقال أبو بكر لا يصح (فاذا قال له علي مائة درهم الادينارا فهل يصح ؟ على وجهين) اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد النقدين من الآخر فذهب أبو بكر الى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الخرقي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم دينارا وآخرون يسمون ثمانية دينارا فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير باحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومتى أمكن حمل الكلام

التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا) وقال سبحانه في النساء (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته وان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل وان امتنع من تقبيضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما اذا قال لفلان في داري هذه نصفها أومن داري بعضها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا أن يقول قد وهبته ، وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا و نقل ابن منصور اذا قال فرسي هذه لفلان فاقراره جائز ، فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه أوله نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وإن قال له في هذا المال الف صح وان قال له في ميراث أبي الف فهو اقرار بدين على التركة وان قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه ولانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه ، واذا أضاف الميراث الى نفسه فمعناه ما ورثته وانتقل الي فلا يحمل على الوجوب واذا أضاف اليه منه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا من ماله

(فصل) وان قال له في هذا العبد شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقوله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا

على وجه صحيح لم يجز الغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما فيلزم من صحة استثناء احدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الاخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا انتفى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من غير ذلك الجنس مثل ان يقول له علي عشرة آصع تمراً برنياً الا ثلاثة تمراً معقلياً لم يجز لما ذكرنا في الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الخرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (إذا قال له علي الف درهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفا أو صغاراً أو الى شهر لزمه الف جياد وافية حالة)

وجملة ذلك أن من أقر بدارهم وأطلق اقتضى اقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها سبعة مثاقيل واقتضى أن تكون جيادا حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فانها تلزمه كذلك فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام آخر غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس اطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازا ولا مخالفا للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل وكذلك الحكم اذا قال هذا العبد شركة بيننا

(فصل في الاقرار بالمجهول)

وإذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه ويفارق الدعوى حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصحح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلا ويؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له إن بينت وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا ان بينت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فان فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر، ووجه الاول انه ممتنع من حق عليه فيحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعي وادعاه فنكل المقر فهو على ما ذكروه وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك

فان عاد فقال زيوفا أو صغاراً وهي الدراهم الناقصة وهي دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه رجوع عن بعض ماأقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ، ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً ، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والوديعة لانه اقرار بفعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيباً

ولنا ان اطلاق الاسم يقتضي الوازنة الجياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فان العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه

(مسئلة) (الا أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مغشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها ؟ على وجهين (أولهما) أنه يلزمه من دراهم البلد لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصداق وغير ذلك (والثاني) يلزمه الوازنة الخالصة من الغش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدر نصب الزكوات ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص، وفارق البيع فانه ايجاب في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار اخبار عن حق سابق فانصرف الى درهم الاسلام

لان الحق ثبت على موروثهم فيتعلق بتركته وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم مالزم موروثهم كما لوكان الحق معيناً وإن لم يخلف الميت تركة فلا شيء على الورثة، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقراره وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة، وكذلك ان فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والخنزير والميتة لم يقبل وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك وان فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (احدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتسليمه اليه فالايجاب يتناوله، (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراده وإن فسره بحد قذف قبل لانه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل لانه لا يؤول إلى مال والاول أصح لان ماثبت في الذمة صح أن يقال هو علي، وان فسره بحق شفعة قبل لانه حق واجب ويؤول الى المال، وان فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته فلا يثبت في الذمة، وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به اذا أراد ان حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتشميته إذا عطس لما روي في الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً: يرد سلامه ويشمت عطسته ويجيب دعوته» وذكر الحديث وان قال غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل لان اسم الغصب يقع عليه، وان قال غصبته نفسه لم يقبل لأن

(فصل) فان أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لان اطلاقه ينصرف اليه وان فسر بسكة غير سكة البلد اجود منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك ان كانت مثلها لانه لا يتهم في ذلك، وان كانت ادنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل ان لا يقبل لان اطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولانها ناقصة القيمة أشبهت الناقصة في الوزن ويحتمل ان يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل مافسره به وفارق الناقصة فان في الشرع الدراهم لا تتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فانه ايجاب في الحال وهذا اخبار عن حق سابق

(مسئلة) (وان قال له علي الف إلى شهر لزمه مؤجلا ويحتمل ان يلزمه حالا) اذا أقر بها مؤجلة بكلام متصل قبل منه وكذلك ان سكت للتنفس او اعترضه سلعة ونحو ذلك ويحتمل ان تلزمه حالة ذكرها ابو الخطاب وهو قول ابي حنيفة وبعض الشافعية لان التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال فلم يقبل كما لو قال له علي دراهم قبضته اياها

(مسئلة) (وان قال له علي الف زيوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل وان فسره بمغشوشة قبل وكذلك ان فسرها بعيبة عيبا ينقصها قبل لانه صادق وان فسرها برصاص او نحاس او مالا

الغصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزن لان غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزون ولانه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاقرار به والاخبار عنه.

(فصل) وان أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفي أموالهم حق) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم (والثالث) ما يقطع به السارق و يصح مهراً لقول الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا أن غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه، وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التخصيص وقوله تعالى (وفي أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل انها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قولهم قوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)والتزويج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب، وان قال : له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد عليه وهذا قول الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لانه يقطع به السارق ويكون صداقا عنده ، وعنه لا يقبل بأقل

قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بها رجوعا عما اقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(مسألة) (وان قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة) وقال اصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي اذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله وان قال صغار وللناس دراهم صغار قبل قوله وان لم يكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال درهم فانه يلزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من اصحاب الشافعي

ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لان الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تقيدت به كما لو وصف الثمن به فقال بعتك بعشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها لا يصح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل، محققه ان الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكروه لا سبيل الى الاقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ما هو الواجب عليه فينسد باب الاقرار وقول من قال إن قوله صغار ينصرف الى

من مائتي درهم وبه قال صاحباه لانه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعيد اثنان وسبعون لان الله تعالى قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحبة لا تسمى مالا عظيما ولا كثيراً

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلموه ولان العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يثبت في ذلك حد يرجع الى تفسيره به ولانه ما من مال الا وهو عظيم كثير بالنسبة الى ما دونه ويحتمل انه أراد عظيما عنده لفقر نفسه ودناءتها وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف الى ذلك وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك والحكم فيما اذا قال عظيم جداً أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قررناه .

(فصل) وان قال: له علي أكثر من مال فلان ففسره بأكثر منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل، وان قال ماعلمت لفلان أكثر من كذا اوكذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به لان مبلغ المال حقيقة لا يعرف في الاكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً فيملك مالا يعرفه المقر فكان المرجع الى ما اعتقده المقر مع يمينه اذا ادعى

مقدارها لا يصح لان مساحة الدرهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع الى تفسير المقر

(فصل) وان قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لانه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كما لو قال درهم لان الصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهيم ولم أقل بذيالك الوادي وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولعت به أحرف التصغير من شدة الوجد

وان قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنة لان اطلاق الدرهم يقتضي الوازن وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغشوشة فهو على ما فصل فيه .

(مسئلة) (وان قال له عندي رهن وقال المالك بل وديعة فالقول قول المالك) لان العين ثبتت بالاقرار له وان ادعى المقر دينا لا يعترف به المقر له فالقول قول المنكر ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ولذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو أقر له

عليه أكثر منه ، وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أوقاله عقيب الشهادة بقدره أولا لانه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لان لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل انه أراد أكثر منه فلوساً أو حب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظة أكثر انما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتنصرف الى جنس ما أضيف أكثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا - وقالوا نحن أكثر أموالا وأولادا) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمع جيادا صحاحاً وازنة حالة ولو قال : له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع الى مطلق الاحتمال لسقط الاقرار، واحتمال ماذكروه أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(فصل) ولو قال : له علي الف الا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لان الشيء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الاكثر فتعين حمله على مادون النصف وكذلك ان قال الاقليلا لانه مبهم فأشبه قوله الاشيئا وان قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الالف ويحلف على الزيادة ان ادعيت عليه .

بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه باجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله الا ببينة ومن ذلك ما لو قال هذه الدار له ولي سكناها ببينة

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال له علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين) (أحدها) القول قول المقر لانه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه المسئلة التي قبلها أو كما لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل

﴿ مسئلة ﴾ (ولو قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه)

لا نعلم فيه بين اهل العلم اختلافا سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لانه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيه أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك او ردها قبل قوله وان فسره بدين عليه قبل أيضاً لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وان قال له عندي وديعة رددتها اليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله ، وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما اقر به فان الالف المردود والتالف ليسا عنده اصلا ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله يجب ان يكون مردودا ، وقال القاضي يقبل قوله الا ان أحمد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة أو ردها

(فصل) وإن قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف. (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا

فأما الاولى فاذا قال له كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره اليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه (الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول نحاة الكوفة (الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لانه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف وهذا مذهب الشافعي ،وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف .

(المسئلة الثانية) اذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء ولانه اذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الآخر الى الدرهم فقال نصف تسع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لانه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه .

فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل فان قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) (وان قال له علي الف وفسره بوديعة لم يقبل قوله وان ادعى بعد هذا تلفه لم يقبل قوله)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقيل عن الشافعي يقبل قوله انها وديعة واذا ادعى بعد هذا تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا ايضاً لان الوديعة عليه حفظها وردها فاذا قال له علي الف وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال له علي الف وديعة لان حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز ان تستعمل علي بمعنى عندي كما قال تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي

ولنا ان علي للايجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ولذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه انما هي عنده وما ذكروه مجاز طريقه حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه أو اقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل انه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة وان جاز التعبير عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى (فان كان له اخوة فلأمه السدس) ومواضع كثيرة في القرآن ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم فأقمت المضاف اليه مقامه لم يقبل منه ولو قال لك من مالي الف قال صدقت ثم قال اردت ان عليك من مالي الفاً أقمت اللام مقام علي كقوله تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم

(المسئلة الثالثة) اذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهما فصار كأنه قال هما درهم، وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة اوجه (احدها) يلزمه درهم واحد وهو قول ابي عبد الله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولا للشافعي (والوجه الثاني) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين وكذا ههنا وهذا يحكى قولا ثانياً للشافعي (والوجه الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى أن الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ابهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه مذهب التميمي، وقال محمد بن الحسن اذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب وان قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك، وان قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم لانه أقل عدد يضاف الى الواحد، وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه فوجب المصير الى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له علي دراهم لم يلزمه الا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً

بالناقصة والزائفة والمؤجلة، وأما اذا قال لك علي الف ثم قال كانت وديعة فتلف لم يقبل قوله فانه متناقض وقد سبق نحو هذا

(فصل) فان قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك فالقول قول المقر له على مقتضى قول الخرقي وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليلهما ما تقدم، فان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فقد وافق القاضي ههنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي اداؤها ولانه يجوز ان تكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لانه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له دراهم ناقصة وان قال له علي مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها لانه قد يتعدى فيها فيكون ديناً وان قال اردت أنه شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة وان قال علي أو عندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد وان قال أودعني مائة فلم

لأكثر من المكرر فانه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب احدى عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متناولا لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبنتك لم يلزمه شيء لانه قد يغصبه نفسه ويغبنه في غير المال وان قال غصبتك شيئاً وفسره بغصب نفسه لم يقبل لانه جعل له مفعولين فجعله المفعول الاول وشيئاً المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الاول ، وان فسره بمال قبل وان قل وان فسره بكلب أو جلد ميتة أو سرجين ينتفع به قبل لانه قد يقهره فيأخذه منه وان فسره بما لا نفع فيه أو لا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بغصب

(فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لان الاقرار به صحيح وما كان صحيحا في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك)

انما قدم قول المالك لان العين ثبتت له بالاقرار وادعى المقر دينا لا يعترف له به والقول قول المنكر ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقا فلا يقبل قوله الا ببينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكناها سنة

اقبضها أو اقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلا ولم يقبل منفصلا وهكذا إذا قال نقدني مائه فلم اقبضها وهذا قول الشافعي

(فصل) وان قال له في هذا العبد الف اوله من هذا العبد الف طولب بالبيان فان قال نقد عني الفاً في ثمنه كان قرضاً وان قال نقد في ثمنه الفا قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فان قال بايجاب واحد وزن الفاً ووزنت الفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت أنا الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو اقل لانه قد يغبن وقد يغبن وان قال اشتريناه بايجابين قيل له فكم اشترى منه ؟ فان قال نصفاً أو ثلثاً أو اقل او اكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بألف من ثمنه بيع وصرف اليه من ثمنه الف فان أراد ان يعطيه الفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يتعين حقه في ثمنه وان فسر ذلك بجناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الالف من ثمنه، وان قال اردت انه رهن عنده بالف فعلى وجهين (أحدهما) لايقبل لان حق المرتهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان قال له في هذا المال الف لزمه تسليمه اليه) لانه أقر له بالملك

(فصل) وان قال لك علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك الف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب فيه وجهان (احدهما) القول قول المقر له لانه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه ما اذا قال هذا رهن فقال المالك وديعة اولله علي الف ولي عنده مبيع لم اقبضه (والثاني) القول قول المقر قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وابي يوسف لانه اقر بحق في مقابلة حق له لا ينفك احدهما عن الآخر فاذا لم يسلم له ماله لم يسلم للمقر له ما عليه كما لو قال لرجل بعتك هذا العبد بألف قال بل ملكتنيه بغير شيء، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل وديعة لان الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبده بعتك نفسك بالف فأنكر العبد عتق ولا شيء للمقر لان العتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلا أو متصلا فلو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلا لان اقراره تعلق بالمبيع والاصل عدم القبض فقبل قوله فيه فأما إن قال علي الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم يقبل لانه فسر اقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل

(فصل) واذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها فلا يخلو اما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده فان كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لانه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه

﴿مسئلة﴾ (وان قال له من مالي أو في مالي أو في ميراثي من أبي الف أو نصف داري هذه وفسره بالهبة وقال بدالي من تقبيضه قبل)

إذا قال له في مالي أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره وليس هو لغيره .

ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال له في مالي ويجوز ان يضيف اليه مال بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره اليه لاختصاص له به بأن يكون عليه يد أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم) وقال سبحانه في النساء (ولا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله ﷺ (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته فان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل ،وان امتنع من تقبيضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض وكذلك يخرج إذا قال له نصف داري هذه أوله من داري نصفها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا ان يقول وهبته وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا ، ونقل ابن منصور إذا قال فرسي هذه لفلان فاقراره جائز فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه فاقراره جائز وان قال له في هذا المال نصفه أو له

ولا ترد الى البائع لاتفاقهما على أنه لا يستحق أخذها وان كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبائع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الاصل ولا ترد الامة الى البائع لاقراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقهما على وجوبه وان اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا أنه لا يجعل على البائع يمينا لانه لا يرى اليمين في انكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لاننا أزلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاد، فان ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لانه اما أن يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذبا فهي ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة فميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحدا لا يدعيه، وليس للسيد ان يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطىء وليس ميراثها له لانه قدمات قبلها، وان كان اختلافهما قبل الاستيلاد فعندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما

نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وان قال له في هذا المال الف صح ، وان قال في ميراثي من أبي الف وقال أردت هبة قبل منه لانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فمقتضاه ماخلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه واذا أضاف الميراث إلى نفسه فمعناه ماورثته وانتقل إلي فلا تحمل الا على الوجوب واذا أضاف اليه جزءاً فالظاهر أنه جعل له جزءاً في ماله

(مسئلة) (وان قال له في ميراث أبي الف فهو دين على التركة) لان لفظه يقتضي ذلك

(مسئلة) (وان قال نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لاقراره بذلك

(مسئلة) (وان أقر انه وهب أورهن أوقبض أواقر بقبض ثمن أوغيره ثم أنكر وقال ماقبضت ولا اقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجهين)

وذكر شيخنا في كتاب المغني روايتين (احداهما) لايستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لان دعواه تكذيب لاقراره فلا تسمع كما لو أقر المضارب أنه ربح الفاً ثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة ثم قال احلفوه لي مع بينة لم يستحلف كذا ههنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لان العادة جارية في الاقرار بالقبض قبله فيحتمل صحة ماقاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال ويفارق الاقرار البينة من وجهين

على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا في السبب ، ولا ترد الى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الامرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك ، والامر في الباطن على ذلك فان السيد ان كان صادقا فالامة حلال لزوجها بالبيع وان كان كاذبا فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمناً وان كان كاذبا فهو يستحقه مهراً وقال القاضي يحلف الزوج أنه مااشتراها لانه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى اليمين على نفي الزوجية لانه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد لا يدعيه وترد الجارية الى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع اليه فيملكها ظاهراً وباطناً كما يرجع البائع في السلعة عند فلس المشتري بالثمن لان الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود اليه ملكا (والثاني) ترجع اليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من أداء الثمن مع امكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه فحسن وان كان دونه أخذه وان زاد فالزيادة لا يدعيها أحد لان المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقر في يد المشتري أو ترجع الى بيت المال؟ يحتمل وجهين ، فان رجع البائع وقال صدق خصمي ما بعته اياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق المهر وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(أحدهما) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها لانها تكون شهادة زور (والثاني) انكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه ، وكذلك ان أقر أنه اقترض منه الفاً وقبضها أو قال له علي الف ثم قال ما كنت قبضتها وانما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولانه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز الا على اليقين

(مسئلة) (وان باع شيئاً ثم اقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري)

لانه يقر على غيره ولا ينفسخ البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له لانه فوته عليه بالبيع وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به .

(مسئلة) (وان قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله) لان الاصل ان الانسان انما يتصرف فيما له التصرف فيه الا ان يقيم بينة فيقبل ذلك فان كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت ثمن ملكي أو نحوه لم تسمع بينته أيضاً لأنها تشهد بخلاف ما أقر به

(فصل) اذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان اقراراً بما أبدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار لانه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها وذكر القاضي في هذا وجها أنه لا يصح لانه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء انما هو بدل الاشتمال وهو ان يبدل من الشيء

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أوشهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة الى البائع لانه محكوم له برقه وفي حق المشتري استنقاذاً أواستخلاصاً فاذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق ويصير كما لوشهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا فرد الحاكم شهادتهما فدفعا الى الزوج عوضا ليخلعها صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفا لان أحدا لا يدعيه فان البائع يقول ماأعتقته والمشتري يقول ماأعتقه الاالبائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لان أحدا لا يدعيه سواه لان الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن الى المشتري لاقراره ببطلان البيع وان كان الراجع المشتري قبل في المال لان أحداً لا يدعيه سواه ولا يقبل قوله في نفي الحرية لانها حق لغيره وان رجعا معا فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لانه لاحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يحلف ويأخذه لانه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فان لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لان أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد أوغيره ثم جاءه به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لانه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواه فان رجع المقر له

بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فانه أبدل القتال من الشهر المشتمل عليه، وقال تعالى اخباراً عن فتى موسى عليه السلام أنه قال (وما انسانيه الا الشيطان ان اذكره) أي انساني ذكره وان قال له هذه الدار ثلثها أو ربعها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك استثناء ومنه قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما دخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وانه يجوز ابدال الشيء من غيره اذا كان مشتملا عليه ألا ترى ان الله تعالى ابدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن يسكنه اياها وان يعود فيما أعاره والله أعلم

(فصل) اذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقده الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده فان كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لانه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكرها ملكه ويدعي حلها بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد الى البائع لاتفاقهما أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبائع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وانه لا مهر لها ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب

فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لامنازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفي الآخر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو مات نخلف ولدين فاقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل الذي في يديه لمن أقر له به)

وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لايتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر ولا يمكن إثباته في حقهما لان أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي لايشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشيء حتى يقروا جميعاً لانه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب. ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فانه محكوم ببطلانه ولانه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له بوصية فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا فان الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن بن صالح وشريك ويحيي بن آدم واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال أبو حنيفة اذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وان أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لانه أخذ مالا يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولان الميراث يتعلق

اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بانه حر الاصل، ولا ترد الامة الى البائع لاعترافه بانها ام ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري انه ما اشتراها ويسقط عنه الثمن الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقهما على وجوبه وان اختلف في سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا انه لا يجعل على البائع يميناً لانه لايرى اليمين في انكار النكاح، ونفقة الولد على ابيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب اوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا ازلنا عنها ملك السيد واثبتنا لها حكم الاستيلاد فان ماتت وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لانه إما ان يكون صادقاً فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذبا فهي ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وان ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة وميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فيراثها موقوف لان أحداً لا يدعيه وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطيء وميراثها ليس له لانه قد مات قبلها وان كان اختلافهما قبل الاستيلاد فقال شيخنا عندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه امساكها وإنما اختلفا في السبب ولا ترد الى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الامرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك والامر في الباطن على ذلك فان السيد ان كان صادقا فالامة حلال

ببعض التركة كما يتعلق بجميعها فاذا هلك بعضها أو غصب تعلق الحق بباقيها والذي في يد المنكر كالمغصوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أن التركة بينهم اثلاثاً فلا يستحق مما في يده إلا الثلث كما لو ثبت نسبه ببينة ، ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالاقرار بالوصية وكاقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجر بها نفعاً لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولانه حق لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته فاذا ثبت بالاقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية، وفارق ما اذا غصب بعض التركة وهما اثنان لان كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وههنا يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقا فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه وهو الاصح ، وهل يلزمه أن يدفع اليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل) وان أقر جميع الورثة بنسب من يشاركهم في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكرا أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والايمان التي له وعليه وكذلك في النسب

لزوجها بالبيع وان كان كاذبا فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنا وإن كان كاذبا فهو يستحقه مهراً وقال القاضي يحلف الزوج أنه مااشتراها لانه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان البيع ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد لا يدعيه وترد الجارية الى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع اليه فيملكها ظاهراً وباطنا كما يرجع البائع في السلعة عند فلس المشتري بالثمن لان الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود اليه ملكا (والثاني) يرجع اليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من آداء الثمن مع امكانه فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه أو دونه أخذه وان زاد فالزيادة لا يدعيها أحد ، لان المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقر في يد المشتري أو ترجع الى بيت المال؟ يحتمل وجهين ، وان رجع البائع فقال صدق خصمي ما بعته اياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بان الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة الى البائع لانه

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة اذا قدمت مكة أن أنظر الى ابن أمة زمعة وأقبضه فانه ابنه ، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ «هو لك يا عبد بن زمعة وللعاهر الحجر» فقضى به لعبد بن زمعة وقال «احتجبي منه ياسودة» والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين

(فصل في شروط الاقرار بالنسب)

لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره ، فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه اذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله . (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف

محكوم له برقه وفي حق المشتري استنقاذا فاذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعا الى الزوج عوضاً ليخلعها صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً، ويكون ولاؤه موقوفا لان أحداً لا يدعيه فان البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه الا البائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لان احداً لا يدعيه سواه لان الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت اعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن الى المشتري لاقراره ببطلان البيع وان كان الراجع المشتري قبل في المال لان أحداً لا يدعيه سواه ولا يقبل قوله في نفي الحرية لانها حق لغيره وان رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لانه لاحدهما ولا نعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يأخذه ويحلف لانه منكر وان لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فان لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لان أحداً لا يدعيه ويحتمل ان يكون لبيت المال على كل حال

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد او غيره ثم جاء به وقال هذا الذي اقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه الى المقر له لانه لا يدعيه ويحلف المقر انه ليس له عنده عبد سواه فان رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لا منازع له فيه وان قال المقر له صدقت والذي اقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفي الآخر

فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فاما ان كان اقراراً عليه وعلى غيره كاقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الاربعة وشرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فان كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معهما لم يثبت النسب باقرارهما لان المقر لا يرث المال كله، وان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي، وان كان الوارث بنتاً أو أختاً أو أما أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال، ولهم فيما اذا وافقه الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت أو اخت وزوج ثبت النسب بقولهما لانهما يأخذان المال كله، واذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التي تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك ان أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه .

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقا أو مخالفا لدين موروثه أو قاتلا فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يحوز جميع الميراث ثم ان كان المقر به يرث شارك المقر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو او غصبته من زيد وملكه لعمرو لزمه دفعه الى زيد ويغرم قيمته لعمرو

اذا قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو حكم به لزيد ولزمه تسليمه اليه ويغرم لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً

ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بعضه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال احمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعنيه رجل آخر فالثوب للاول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون اقراره بكلام متصل اومنفصل .

﴿مسئلة﴾ (وان قال ملكه لعمرو وغصبته من زيد فهي كالمسئلة التي قبلها)

ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل وقيل يلزمه دفعه الى عمرو ويغرمه لزيد لانه لما أقر به لعمرو أولا لم يقبل اقراره باليد لزيد قال شيخنا وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهي لعمرو أو قال هو لعمرو ودفعه الي زيد فكذلك على مامضى من القول فيه

(مسئلة) (وان قال غصبته من أحدهما أوهو لاحدهما صح الاقرار)

في الميراث وان كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً.

(فصل) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب باقراره لانه لا يحوز الميراث كله فان بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقرا به ايضا ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه وان أنكرا لم يثبت النسب وان ماتا قبل ان يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به لانه وجد الاقرار من جميع الورثة فان المقر به صار جميع الورثة، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين فأقر به احدهما وانكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لان المقر به صار جميع الورثة فأشبه مالو اقر به ابتداء بعد موت اخيه وكما لوكان شريكه في الميراث غير مكلف وفيه وجه آخر انه لا يثبت النسب لانه انكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف ما اذا كان شريكه غير مكلف فانه لم ينكره وارث وهذا فيما اذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت فان كان للميت وارث سواه أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي منهما وجها واحدا لانه ليس كل الورثه ويقوم وارث الميت الثاني مقامه فاذا وافق المقر في اقراره ثبت النسب وان خالفه لم يثبت كالموروث وان خلف ولدين فاقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابنا فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لاقرار جميع الورثة به ويحتمل ان لا يثبت لانكار الميت له

لانه يصح بالمجهول فصح للمجهول ثم يطالب بالبيان فان عين احدهما دفع اليه ويحلف للآخر ان ادعاه ولا يغرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء، وان قال لا أعرف عينه فصدقاه نزع من يده وكانا خصمين فيه وان كذباه فعليه اليمين انه لا يعلم وينزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن بينة أقرعنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه، وان بين الغاصب بعد ذلك مالكها قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما انه لم يغصبه فان حلف لاحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لهما جميعاً فسلمت الى احدهما بقرعة او غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت عليه فقضي عليه كما لو ادعاها وحده

(فصل) وان كان في يده عبدان فقال احد هذين لزيد طولب بالبيان فاذا عين أحدهما فصدقه زيد اخذه وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الاخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد الذي يقر به له ولكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في أحد الوجهين، وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه انه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لامالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعلم وارثه، فان ابى التعيين فعينه المقر له وقال هذا عبدي طولب بالجواب وان انكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين

(فصل) واذا أقر الوارث عن يحجبه كأخ اقر بابن للميت واخ من اب اقر باخ من ابوين وابن ابن اقر بابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول ابي العباس ابن سريج ،وقال اكثر اصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لان توريثه يفضي الى اسقاط توريثه فسقط بيانه انه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثاً فيبطل اقراره ويسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدي توريثه الى اسقاط نسبه وتوريثه فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا انه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه احد موانع الارث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولان ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لانا انما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه بالاقرار عن الارث لا يمنع صحته بدليل أن الابن اذا أقر باخ فانه يرث مع كونه يخرج باقراره عن ان يكون جميع الورثة ، فان قيل انما يقبل إقراره اذا صدقه المقر به فصار اقرارا من جميع الورثة، وان كان المقر به طفلا او مجنونا لم يعتبر قوله فقد اقر كل من يعتبر قوله ،قلنا ومثله ههنا فانه ان كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر اقراره وان كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب

قضي عليه وان أقر له فهو كتعيينه

(فصل) إذا قال هـذه الدار لزيد لا بل لعمرو أوادعى زيد على ميت شيئا معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمرو ، وسنذكر ذلك فيما بعد ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان أقر بألف في وقتين لزمه الف واحد)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه الفان كما لو قال له علي الف والف ولا فرق بين أن يكون في وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس

ولنا أنه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله الخبر عن ارساله نوحاً وهوداً وصالحا وشعيبا وابراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في الاخرى كذا ههنا لانه يجوز ان يكون المطلق هو الموصوف اطلقه في حال ووصفه في حال وان وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيدا لما ذكرنا

(مسئلة) (وان أقر بألف من ثمن عبد ثم اقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه الفان)

وكذلك ان قال الف درهم سود والف درهم بيض لان الصفة اختلفت فهما متغايران

(مسئلة) (وان ادعى رجلان دارا في يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها فالمقر به بينهما نصفان

بقول الآخر كما لو كانا ابنين احدهما صغيرا فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا تعتبر موافقته كذا ههنا ولانه لو كان في يدي انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(فصل) فان خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ثم ان اقر بثالث ثبت نسبه ايضا لانه اقرار من جميع الورثة فان قال الثالث الثاني ليس بأخ لنافقال القاضي يسقط نسب الثاني لان الثالث وارث منكر لنسب الثاني فأشبه ما لو كان نسبه ثابتاً قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولاميراثه لان نسبه ثبت بقول الاول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولانه اقر به من هو كل الورثة حين الاقرار وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولان الثاني لو انكر الثالث لم يثبت نسبه وانما ثبت نسبه باقراره فلا يجوز له اسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالاول ولان ذلك يؤدي الى اسقاط الاصل بالفرع الذي يثبت به

(فصل) وان اقر الابن بأخوين دفعة واحدة فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وان تكاذبا ففيهما وجهان (احدهما) لا يثبت نسبهما وهو مذهب الشافعي لان كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة (والثاني) يثبت نسبهما لان كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الاقرار فلم يعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين فان كان احدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما وفي الاخر وجهان وان كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلتفت الى

وجملة ذلك انهما إذا ادعيا أنهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل ان يقولا ورثناها وابتعناها معاً فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لهما جميعاً لانهما اعترفا ان الدار لهما مشاعة فاذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما وان لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لانهما لم يعترفا بالاشتراك، فان اقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك ان كان قد تقدم اقراره بالنصف وجب تسليمه اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلته فثبتت لمن يقر له وان لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فان قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع الا نصفها؟ قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر بشيء لانسان فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه، ويجوز ان يكون اقتصر على دعوى النصف لان له حجة به ولان النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف له به. فان لم يصدقه في اقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به الآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار لانه اقر لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لمالكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم التنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

انكار المنكر منهما سواء تجاحدا معاً او جحد احدهما صاحبه لانا نعلم كذبهما فانهما لا يفترقان ولو اقر الوارث بنسب احدهما ثبت نسب الآخر لانهما لا يفترقا في النسب، وان اقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين ، وهل يثبت على الوجه الآخر ؟ يحتمل أن يثبت لانه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجحده أحد فأشبه ما لو انفرد ويحتمل أن لا يثبت لان أحدهما وارث ولم يقر بصاحبه فلم يجتمع كل الورثة على الاقرار به ويدفع المقر الى كل واحد منهما ثلث الميراث سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل لانه مقر به

(فصل) اذا خلف امرأة وأخا فأقرت المرأة بابن للميت وأنكر الاخ لم يثبت نسبه ودفعت اليه ثمن الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها وان اقر به الاخ وحده لم يثبت نسبه ودفع اليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فان خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لابيه وأنكر الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع اليها نصف ثمن الميراث ولاصحاب الشافعي في هذه المسئلة كقولنا لان الزوجية زالت بالموت وانما المقر به حقها من الميراث ولهم وجه آخر لا شيء لها، وان كان للميت امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها لان الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر وكذلك ما كان مثل هذا مثل أن يخلف اخا من اب واخا من ام فيقر الاخ من الام باخ للميت فلا شيء للمقر به سواء اقر بأخ من ابوين او من أب أو من أم لان ميراثه في يد غير المقر، وان اقر بأخوين من ام دفع اليهما ثلث ما في يده

(مسئلة) (وان قال في مرض موته هذا الالف لقطة فتصدقوا به لزم الورثة الصدقة بثلثه)

قال أبو الخطاب اذا لم يكن له مال غيره لانه جميع ماله والامر بالصدقة وصية بجميع المال فلا يلزم منه إلا الثلث وحكي عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعه لان أمره بالصدقة به يدل على تعديه فيه على وجه يلزمهم الصدقة بجميعه فيكون ذلك اقرارا منه لغير وارث فيجب امتثاله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف مائة فادعاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها آخر فأقر له فهي للاول ويغرمها للثاني)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه او قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو حكم بها لزيد وعليه غرامتها لعمرو وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لانه أقر له بما وجب عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به

(مسئلة) (وان أقر بها لهما معاً فهي بينهما) لتساويهما في الدعوى والاقرار لهما

لانه يقر أنهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع وهو ثلث ما في يده

(فصل) واذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشارك لهم في الميراث ثبت نسبه اذا لم يكونا متهمين وكذلك ان شهدا على اقرار الميت به وان كانا متهمين كاخوين من أم يشهدان باخ من أبوين في مسئلة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث وكذلك لو شهدا باخ من أب في مسئلة معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب لم تقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسئلة فان لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة

(فصل) وان أقر رجلان عدلان بنسب مشارك لهما في الميراث وثم وارث غيرهما لم يثبت النسب الا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت لانهما بينة. ولنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة لانه تعتبر فيها العدالة والذكورية والاقرار بخلافه

(فصل) اذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه متهم في قصد أخذ ميراثه وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ارثه لذلك. ولنا أن

(مسئلة) (وان أقر لأحدهما وحده فهي له ويحلف للآخر أنه لا يعلم أنها له وان نكل قضي عليه بالنكول) لان النكول كالاقرار ولو أقر لزمه الغرم فكذلك اذا نكل عن اليمين

(مسئلة) (وان ادعى رجل علي الميت مائة دينا فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فان كان في مجلس واحد فهي بينهما وان كان في مجلسين فهي للاول ولا شيء للثاني)

وجملة ذلك ان الميت إذا خلف وارثاً وتركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لها فاذا أقر بعد ذلك لآخر وكان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لان التركة حالة المجلس كحالة واحدة بدليل صحة القبض بها فيما يعتبر القبض فيه وامكان الفسخ فيه ولحوق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وان كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يقر بحق على غيره فانه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة وينقص حقه منها ولا يقبل اقرار الانسان على غيره وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لان الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لهما لقبل فكذلك الوارث ولان منعه من الاقرار يفضي الى إسقاط حق الغرماء لانه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بتعيينه ولان من قبل اقراره اولا قبل اقراره ثانياً اذا لم تتغير حاله كالموروث.

علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت به كحالة الحياة وماذكروه يبطل ما اذا كان المقر به حيا موسراً أو المقر فقيراً فانه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وانفاقه منه على نفسه وان كان المقر به كبيرا عاقلا فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي لانه لاقول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر أنه لايثبت نسبه لان نسب المكلف لايثبت الا بتصديقه ولم يوجد ويجاب عن هذا بانه غير مكلف فان ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لانه وجد الاقرار والتصديق من المقر به فأشبه ما لو صدقه في حياته، وقال أبو الخطاب واذا أقر رجل بزوجية امرأة أو أقرت أن فلانا زوجها فلم يصدقه المقر به الا بعد موته ورثه لانه وجد الاقرار والتصديق معاً

(فصل) واذا خلف رجل امرأة وابناً من غيرها فاقر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لانه لم يقر به كل الورثة وهل يتوارثان؟ فيه وجهان (أحدهما) يتوارثان لان كل واحد منهما يقر أنه لاوارث له سوى صاحبه ولامنازع لهما (والثاني) لايتوارثان لان النسب بينهما لم يثبت لمان كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه لانه منازع في الميراث ولم يثبت نسبه

(فصل) واذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر لم يقبل انكاره لانه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بانكاره كما لو ثبت ببينة أو بالفراش وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفا فصدق المقر ويحتمل

ولنا أنه اقرار بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره تعلقا يمنع تصرفه فيه على وجه يضر به فلم يقبل كاقرار الراهن بجناية على الرهن أو الجاني، وأما الموروث فان أقر في صحته صح لان الدين لا يتعلق بماله وان أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وان أقر في مرضه لغريم يستغرق تركته دينه ثم أقر لآخر في مجلس آخر فالفرق بينهما ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يعلق به دينا آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعليق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فانه لا يملك أن يتعلق بالتركة دينا آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلتزم قضاء الدين

﴿مسئلة﴾ (وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدقه أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها)

لانه مقر على أبيه بدين ولا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولانه يقر على نفسه وأخيه فلا يقبل اقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أواخر كتاب الاقرار

﴿مسئلة﴾ (الا أن يكون عدلا فيحلف الغريم مع شهادته ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين)

وانما لزم المقر نصف المائة لانه يرث نصف التركة فيلزمه نصف الدين لانه بقدر ميراثه ولو لزمه جميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يدفع عن نفسه ضرراً ولانه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت ببينة أو باقرار الميت

أن يسقط نسب المكاتب باتفاقهما على الرجوع عنه لانه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول أصح لانه نسب ثبت بالاقرار فأشبه نسب الصغير والمجنون وفارق المال لان النسب يحتاط لاثباته

(فصل) وان أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج فهل يقبل اقرارها على روايتين احداهما لا يقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقر به أو الحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره (والثانية) يقبل لانها شخص اقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل وقال احمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة او نسب معروف فلا بد من ان يثبت انه ابنها فان لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها متى كانت ذات اهل فالظاهر انه لا تخفى عليهم ولادتها فمتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقا لان النسب يحتاط له فأشبهت الرجل

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لانه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أودخلت هي دار الاسلام ووطئها والنسب يحتاط لاثباته ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها ولا عرف لها خروج من بلدها

(فصل) وان أقر بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجية أمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا

﴿مسئلة﴾ (وان خلف ابنين وعبدين متساويي القيمة لا يملك غيرهما فقال أحد الابنين أبي أعتق هذا وقال الآخر بل أعتق هذا عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس العبد الذي أقر بعتقه ونصف الآخر، وان قال أحدهما أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من هو منهما أقرع بينهما فان وقعت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه أن لم يجزا عتقه كاملا وان وقعت على الآخر كان حكمه كما لو عين العتق في العبد سواء) .

هذه المسئلة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت المخوف أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته عتق كله ولم يقف على اجازة الورثة، فاذا اعترفا أنه عتق أحدهما في مرضه لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق (الثاني) أن يعين كل منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل واحد ثلثه لان كل واحد منهما حقه نصف العبدين فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك الثلث ولانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله النصف وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه

(الثالث) ان يقول أحدهما أبي أعتق هذا ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما فتقوم القرعة مقام تعيين الذي لم يعين فان وقعت على الذي عينه أخوه عتق ثلثاه كما لو عيناه بقولهما وإن

كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لان أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولامضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وماذكروه لايصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم اقراره مالم يتضمنه لفظه ولم يوجبه

(فصل) واذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد لازوج لها ولاأقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فاقراره صحيح ويطالب بالبيان فان عين احدهم ثبت نسبه وحريته ثم يسئل عن كيفية الاستيلاد فان قال كان بنكاح فعلى الوالد الولاء لانه قد مسه رق والام وولداها الآخران رقيق قن وان قال استولدتها في ملكي فالمقر به حر الاصل لاولاء عليه والامة ام ولد ، ثم إن كان المقر به الاكبر فاخواه ابناء ام ولد حكمهما حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالاكبر قن والاصغر له حكم امه ، وان عين الأصغر فأخواه رقيق قن لانها ولدتهما قبل الحكم بكونها أم ولد ، وإن قال هو من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولدها حكم الاستيلاد لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة ، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره فان لم تكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يورثه بالقرعة

وقعت على الآخر كما لو عين كل واحد منهما عبدا يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه ويصير ثلث كل واحد من العبدين حراً (الرابع) أن يقولا أعتق أحدهما ولا ندري من منهما فانه يقرع بين العبدين فمن وقعت له القرعة عتق ثلثاه ان لم يجيزا عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فان رجع الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل واذا كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق في الذي عتق بالقرعة على وجهين

﴿ باب الاقرار بالمجمل ﴾

(اذا قال له علي شيء أو كذا قيل له فسر فان أبي حبس حتى يفسر فان مات أخذ وارثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئاً يقضى منه وإلا فلا)

وجملة ذلك أنه اذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره بغير خلاف، ويفارق

ولنا أنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه فورث كما لوعينه في اقراره .

(فصل) واذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وان كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن الحاقه به وان لم يكن لواحدة منهما زوج ولكن أقر السيد بوطئهما صارتا فراشاً ولحق ولداهما به اذا أمكن أن يولد بعد وطئه وان أمكن في احداهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً ، وان لم يكن أقر بوطء واحدة منهما صح اقراره وتثبت حرية المقر به لانه اقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لامنازع له فيه فلحقه بنسبه، ثم يكلف البيان كما لو طلق احدى نسائه فاذا بين قبل بيانه لان المرجع في ذلك اليه ، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدتها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وان قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علقت بمملوك وان قال بوطء شبهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علقت به في غير ملك ، وان ادعت الاخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاد فأشبه مالو ادعت ذلك من غير اقراره بشيء فاذا حلف رقت ورق ولدها واذا مات ورثه ولده المقر به ، وإن كانت أمه قد صارت ام ولد عتقت ايضاً وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره

الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولان المدعي اذا لم يصحح دعواه فله داع الى تحريرها والمقر لا داعي له الى التحرير ولا يمكن رجوعه عن اقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلا يؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وان كذبه وامتنع من البيان قيل له أن بينت وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك وهذا قول الشافعي إلا أنهم قالوا ان بينت وإلا أحلفنا المقر له على مايدعيه وأوجبناه عليك فان فعل وإلا أحلفنا المقر له واوجبناه على المقر ، ووجه الاول أنه ممتنع من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك فتى عينه المدعي وادعاه فنكل المقر فهو على ماذكروه فان مات من عليه الحق أخذ وارثه بمثل ذلك لان الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته وقد صارت الى الورثة فلزمهم مالزم موروثهم كما لو كان الحق معينا، وان لم يخلف الميت تركة فلا شيء على الورثة لانهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركة كما لا يلزمهم في حياته، وذكر صاحب المحرر رواية ان الوارث ان صدق موروثه في اقراره أخذ به وإلا فلا والصحيح الاول قال وعندي ان أبى الوارث أن يفسر وقال لا علم لي بذلك حلف ولزمه من التركة مايقع عليه الاسم فيما اذا وصى لفلان بشيء ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك اذا حلف أن لا يعلم كالوارث

(مسئلة) (وان فسره بحق شفعة أو مال قبل وان قل وأن فسره بمال كقشر جوزة أو ميتة أو

عتق منها بقدر ما ملك فان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففي الامة وجهان: (احدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يعتق لان الظاهر انها ولدته في ملكه لانه أقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فان لم يكن وارث او كان وارث فلم يعين عرض على القافة فان ألحقت به احدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة او كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق احدهما بالقرعة لان للقرعة مدخلا في اثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها، وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب ابن لانا تيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لانه لا يرجى انكشافه وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن ابي ليلى مثل ذلك الا انه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سعايتهما والكلام على قسمة الحرية والسعاية يأتي في العتق ان شاء الله تعالى .

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك ان أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه)

وجملة ذلك ان الوارث اذا اقر بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة.

خمر لم يقبل وان فسره بكلب أوحد قذف فعلى وجهين) متى فسر المقر اقراره بما يتمول عادة قبل تفسيره ويثبت الا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أولا يدعي شيئاً فيبطل اقراره، وان فسره بما لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجانة لم يقبل تفسيره لان اقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة وكذلك ان فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والميتة، وان فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك، وان فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لانه شيء يجب رده وتسليمه اليه فالايجاب يتناوله (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وان فسره بحبة حنطة أوشعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراده، وان فسره بحد قذف قبل لانه حق يجب عليه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لانه لا يؤول الى مال والاول أصح لان ما يثبت في الذمة يصح ان يقال هو علي ويصح تفسيره بحق شفعة لانه حق واجب ويؤول الى المال وان فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته ولا يثبت في الذمة وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره اذا أراد حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتشميته اذا عطس لما روي في الخبر « للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً يرد سلامه ويشمت عطسته ويجيب دعوته »

(مسئلة) (وان قال غصبت منه شيئاً ثم فسره بنفسه أو ولده لم يقبل) لان الغصب لا يثبت عليه

الميت كما لو اقر به الميت قبل موته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث بشيء لانه لا يلزمه اداء دينه اذا كان حياً مفلساً فكذلك اذا كان ميتاً وان خلف تركة تعلق الدين بها فان احب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه الا ذلك وان احب استخلاصها وايفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها او قدر الدين بمنزلة الجاني، وان كان الوارث واحداً فحكمه ماذكرنا وان كانا اثنين او اكثر وثبت الدين باقرار الميت او بينة او اقرار جميع الورثة فكذلك، واذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبوعبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولي الشافعي رجع اليه بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا مافضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه أجنبي، ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولانه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يجب عليه إلا مايخصه كالاقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت ببينة أو قول الميت أو إقرار

وان أراد أني حبستك وسجنتك قبل ذكره في المحرر وان فسره بما ليس بمال مما ينتفع به قبل لان الغصب يشتمل عليه كالكلب وجلد الميتة لانه قد يقهره عليه، وان فسره بما لا نفع فيه أو مالا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بغصب وهذا الذي ذكرناه في هذا الباب أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزون لان غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه .

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزون ولانه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير به كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاخبار به والاخبار عنه

(فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لان الاقرار به صحيح وماكان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي مال عظيم أو خطير أو كثير أو جليل قبل تفسيره بالكثير والقليل) كما لو قال له علي مال ولم يصفه وهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره باقل من عشرة لانه يقطع به السارق ويكون صداقا عنده وعنه لا يقبل أقل من مائتي درهم وبه قال صاحباه لانه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعد اثنان وسبعون لان الله سبحانه وتعالى قال

الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً

(فصل) اذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل أن يقولا ورثناها أو ابتعناها معا فاقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لهما جميعاً لانهما اعترفا أن الدار لهما مشاعة فاذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لاحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لانهما لم يعترفا بالاشتراك فان أقر لاحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلته فيثبت لمن يقر له، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فان قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر الانسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى الف لأن له حجة به أو لأن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف به، فان لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار به لانه اقر به لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لمالكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ماذكرنا

(لقد نصركم الله في مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولان الحبة لا تسمى مالا عظيما ولا كثيرا

ولنا أن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يلبث في ذلك حد يرجع في تفسيره اليه ولانه مامن مال الا وهو عظيم كثير بالنسبة الى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيما لفقر نفسه ودناءتها واما ما ذكروه فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكروه كثيرا لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (واذكروا الله كثيرا) فلم ينصرف الى ذلك وقال تعالى كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة فلم يحمل على ذلك والحكم فيما اذا قال عظيم جدا او عظيم كما لو لم يقله لما قررناه

(فصل) وان اقر بمال قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسئلة قبل هذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله سبحانه (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) وقوله (وفي اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) وحكى بعض اصحاب مالك عنه ثلاثة اوجه الاول كقولنا والثاني لا يقبل الا في اول نصاب من نصب الزكاة من نوع اموالهم والثالث مايقطع به السارق ويصح مهرا لقول الله تعالى (لن تبتغوا بأموالكم)

﴿ مسألة ﴾ قال (وكل من قلت القول قوله فلخصمه عليه اليمين)

يعني في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي الف ثم قال وديعة أو قال علي ثم قال وديعة أو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة، ومثل الشريك والمضارب والمنكر لدعوى ،وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشباه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي ﷺ «لو أعطي الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ولأن اليمين يشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهاراً والذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه

(فصل) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجر المستأجر ثم أنكر ذلك وسال احلاف خصمه ففيه روايتان (إحداهما) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لان دعواه تكذيب لاقراره فلا تسمع كما لو أقر المضارب أنه ربح الفا ثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة فقال احلفوه لي مع بينته لم يستحلف كذا ههنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لان العادة جارية بالاقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال ، ويفارق الاقرا البينة لوجهين (احدهما) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض ولم تجر

ولنا ان غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه واما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى (في أموالهم حق) لم يرد بها الزكاة لانها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى (ان تبتغوا بأموالكم) والتزويج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب

﴿ مسألة ﴾ (وان قال له علي دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدا)

اما اذا قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لانها اقل الجمع ، وان قال له دراهم كثيرة او وافرة او عظيمة لزمته ثلاثة ايضا وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لانها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف لا يقبل اقل من مائتين لان بها يحصل الغنى وتجب الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاوصاف وأحوال الناس فالثلاثة اكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها أو كبيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

﴿ مسألة ﴾ (وان قال له علي كذا درهم او كذا وكذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم) لان تقديره شيء هو درهم وان قال بالخفض لزمه بعض درهم لان كذا يحتمل أن يكون جزءا

العادة بالشهادة على القبض قبله لانها تكون شهادة زور (والثاني) ان انكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه، وكذلك لو اقر انه اقترض منه الفاً وقبضها اوقال له علي الف ثم قال ما كنت قبضتها وإنما اقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن ان يكون قد اقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز إلا على اليقين، فأما ان اقر أنه وهبه طعاما ثم قال ما اقبضتكه وقال المتهب بل اقبضتنيه فالقول قول الواهب لان الاصل عدم القبض، وان كانت في يد المتهب فقال اقبضتنيها فقال بل اخذتها مني بغير اذني فالقول قول الواهب ايضاً لان الاصل عدم الاذن وان كانت حين الهبة في يد المتهب لم يعتبر اذن الواهب وانما يعتبر مضي مدة يتأتى القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما اليمين لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ قال (والاقرار بدين في مرض موته كالاقرار في الصحة اذا كان لغير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول اكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز وحكى اصحابنا رواية اخرى انه لا يقبل لانه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار لوارث، وقال ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه لا يقبل اقراره بزيادة على الثلث لانه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك

مضافاً الى درهم ويرجع في تفسيره اليه اذا فسره بذلك لانه محتمل

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم) ويكون منصوبا على التمييز

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد والقاضي يلزمه درهم) لان الدرهم الواحد يجوز أن يكون تفسيراً لشيئين كل واحد بعض درهم (وقال أبو الحسن التميمي يلزمه درهمان) لانه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير الى كل واحدة منهما (كقوله عشرون درهما)

اذا قال كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا: فأما الاولى فاذا قال له علي كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال

(أحدها) ان يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا

(الثاني) ان يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره اليه والتقدير جزء درهم او بعض درهم ويكون كذا كناية عنه

(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوبا على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كانه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على قول الكوفيين

(الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لانه يجوز أن يكون أسقط حركة

عطيته بخلاف الثلث فما دون. ولنا انه إقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة يحققه ان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه وابراء ذمته وتحري الصدق فكان اولى بالقبول، وفارق الاقرار للوارث لانه متهم فيه على ماسنذكره

(فصل) فان اقر لاجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت ببينة او قرار في صحته وفي المال سعة لهما فهما سواء وان ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخرقي انهما سواء وهو اختيار التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبوثور وذكر ابوعبيد أنه قول اكثر اهل المدينة لانهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يختص احدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا ببينة، وقال أبوالخطاب لايحاص غرماء الصحة وقال القاضي هو قياس المذهب لنص احمد في المفلس انه إذا اقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذي بالبينة وبهذا قال النخعي والثوري واصحاب الرأى لانه اقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لايشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذي اقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ومن الاقرار لوارث ولانه محجور عليه ولهذا لاتنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقرله قبل الحجر ومن ثبت دينه ببينة كالذي أقر له المفلس، وإن أقرلهما جميعاً في المرض تساويا ولم يقدم السابق منهما لأنهما استويا في الحال فأشبها غريمي الصحة

الجر للوقف وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي . ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف

﴿المسئلة الثانية﴾ (اذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرير سواء) لا يتغير ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء ولانه اذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لانه يحتمل أن يريد ثلث خمس تسع درهم ونحوه

(المسئلة الثالثة) (إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد) لانه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما فصار كأنه قال هما درهم، وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبدالله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل أقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاما صحيحاً وهذا يحكى قولا للشافعي (الثاني) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحد كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين كذا ههنا وهذا يحكى قولا ثانياً للشافعي (الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى ان الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ابهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه قول التميمي، وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل

﴿ مسئلة ﴾ (قال وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالاجنبي وللشافعي قولان كالمذهبين، وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبطل إن اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لانه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاختص المنع بموضعها ، ولنا أنه ايصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضى بقية ورثته كهبته ولانه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الاجنبي فان هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الارث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(فصل) وان أقر لامرأته بمهر مثلها أودونه صح في قولهم جميعاً لا نعلم فيه مخالفاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لانه إقرار لوارث، ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبه مالو كان عليه دين ببينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بثمن مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها

عدداً يفسر بالواحد المنصوب، وان قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وان قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهما لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك وان قال كذا درهم بالجر لزمه مائة لانه أقل عدد يضاف إلى الواحد وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوا فوجب المصير إلى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال علي دراهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد يوجب أكثر من المكرر فانه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب أحد عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متناولا لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي الف رجع في تفسيره اليه فان فسره باجناس قبل منه) لانه يحتمل ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال له علي الف ودرهم أو الف ودينار أو الف وثوب أو فرس أو درهم وألف أو دينار والف فقال ابن حامد والقاضي الالف من جنس ما عطف عليه)

وبه قال أبو ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير الالف اليه لان الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولان الالف مبهم فيرجع

ثم أبانها ثم رجع تزوجها ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لانها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبه مالو أقر المريض ثم برأ، ولنا أنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبه مالو لم يبنها ، وفارق ماإذا صح من مرضه لانه لا يكون مرض الموت

(فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولاولد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح إقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحمد لايجوز وبهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية، ولنا أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه اذا أقر لغير

في تفسيره الى المقر كما لو لم يعطف عليه ،وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكيلا أو موزوناً كان تفسيرا له ، وان عطف مذروعاً أو معدوداً لم يكن تفسيراً لان علي للايجاب في الذمة فاذا عطف عليه مايثبت في ذمته بنفسه كان تفسيراً له كقوله مائة وخمسون درهما

ولنا أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الاخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسعا) وقال تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولانه ذكر مبهما مع تفسير لم تقم الدليل على انه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلا ، يحققه أن المبهم يحتاج الى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره يوجب حمل الامر على ذلك ، وأما قوله أربعة أشهر وعشرا فانه امتنع أن تكون العشر أشهرا لوجهين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والاشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغير هاء (والثاني) أنها لو كانت أشهرا لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر)وقولهم إن الالف مبهم قلنا قرن به مايدل على تفسيره فأشبه ما لوقال مائة وخمسون درهما أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد فصلح تفسيرا لجميع ماقبله بخلاف قوله مائة ودرهم فانه ذكر الدرهم للايجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للايجاب والتفسير معاً والحاجة داعية الى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والابهام وصرفا له الى البيان والافهام ،وقول أبي حنيفة إن علي للايجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً و أمكن تفسيره به وجب ان يكون المبهم من جنس المفسر ،فاما ان لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد المذكر

وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقع باطلا لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اقرار لوارث فلم يصح كما لو استمر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فانها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(فصل) وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي ويحتمل أن لا يصح في حق الاجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل وكما لو شهد لابنه وأجنبي، وقال أبو حنيفة ان اقر لهما بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان جحدها صح له دون الوارث، ولنا أنه إقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين أو كما لو جحد الاجنبي الشركة، ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب موسر قبل ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره

على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على ابهامه كما لو قال له أربعة دراهم وعشر

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي الف وخمسون درهما أو خمسون والف درهم فالجميع دراهم)

ويحتمل على قول التميمي ان يرجع في تفسير الالف اليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك ان قال الف وثلاثة دراهم أو مائة والف درهم والصحيح الاول فان الدرهم المفسر يكون تفسيرا لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (ان هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وقال عنترة :

فيها اثنتان وأربعون حلوبة * سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيرا ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيرا لجميع ما قبله ولانها تحتاج الى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله الف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر لو قال بعتك هذا بمائة وخمسين درهما أو بخمسة وعشرين درهما لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه وان قال له علي الف درهم الا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثني في الاثبات إلا من الجنس

(مسئلة) (وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الالف مبهما يرجع في تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعي).

لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم يذكر تفسيراً له فبقي على ابهامه .

قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وإن قال لعبده اشتريت نفسك مني بألف فكذلك.

(فصل) ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه إقرار لوارث فأشبه الاقرار له بمال والاول أصح لانه عند الاقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسألة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثاً فمن صحح الاقرار ثم صححه ههنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته عتق ولم يرثه لان توريثه يوجب إبطال الاقرار بحريته وإذا بطلت الحرية سقط الارث فصار توريثه سبباً إلى إسقاط توريثه فأسقطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لانه حين الاقرار غير وارث فصح إقراره له كالمسئلة قبلها.

(فصل) ويصح الاقرار من المريض باحبال الامة لانه يملك ذلك فملك الاقرار به وكذلك كل ماملك ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين انه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فتى علم أحد الطرفين علم ان الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول ابي الحسن التميمي وأبي الخطاب يسئل عن المستثنى فان فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى ان كان مثل المستثنى منه أو اكثر يبطل في الاصح

(فصل) وان قال له تسعة وتسعون درهما فالجميع دراهم ولا أعلم فيه خلافا وكذلك ان قال مائة وخمسون درهما، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً الا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال له في هذا العبد شركة أو هو شريكي فيه أو هو شركة بينهما رجع الى تفسير نصيب الشريك اليه)

وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا.

ولنا ان أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس اطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازا ولا مخالفا للظاهر والآية ثبتت التسوية فيها بدليل آخر، وكذلك الحكم اذا قال هذا العبد شركة بيننا وان قال له فيه سهم فكذلك وقال القاضي يحمل على السدس كالوصية

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي اكثر من مال فلان قيل له فسر فان فسره باكثر منه قدرا قبل وان قال أردت أكثر بقاء ونفعاً لان الحلال أنفع من الحرام قبل قوله مع يمينه) سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أما اذا فسره باكثر منه قدرا فانه يقبل تفسيره ويلزمه اكثر منه وتفسر الزيادة بما يريد من قليل او كثير ولو حبة حنطة، ولو قال ماعلمت لفلان اكثر من كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه

أم ولد تعتق من رأس المال وان قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وعتق الولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان قال من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلادها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل.

(فصل) في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار اذا قال: له علي الف، أو قال: له لي عليك الف، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمري أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك، كان مقراً في جميع ذلك لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ماوعد ربكم حقاً؟ قالوا نعم) وان قال أليس لي عندك الف؟ قال بلى، كان اقراراً صحيحاً، لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى (ألست بربكم قالوا بلى) وان قال لك علي الف في علمي أوفيما أعلم كان مقراً به لان مافي علمه لا يحتمل الا الوجوب وان قال اقضني الالف الذي لي عليك قال نعم، كان مقراً به لانه تصديق

أكثر مما اعترف به لان مبلغ المال حقيقة لا تعرف في الاكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً يملك ما يعرفه المقر فكان المرجع الى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه اكثر منه وان فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل، وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالكثير والقليل وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أوجهله أوذكر قدره أو لم يذكره أوقاله عقيب الشهادة بقدره أولا لانه لايحتمل انه اكثر منه بقاء أومنفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه اكثر منها لان لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ماذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوسا أوحبة حنطة أو شعير أو دخن فيرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظة أكثر انما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وينصرف الى جنس ما أضيف اكثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا اكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا اكثر منك مالا - وقالوا نحن أكثر أموالا وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال، ولهذا لو اقر بدراهم لزمه أقل الجمع جياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع الى مطلق الاحتمال سقط الاقرار واحتمال ما ذكروه أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(مسئلة) (ولو ادعى عليه دينا فقال لفلان علي اكثر مما لك، وقال أردت التهزيء لهما لزمه ويرجع في تفسيره اليه في أحد الوجهين)

وفي الآخر لايلزمه شيء لانه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعي فيجب عليه ماأقر به لفلان ويجب للمدعي حق لان لفظه يقتضي أن يكون له شيء، وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه يجوز ان يكون أراد حقك علي اكثر من حقه والحق لا يختص بالمال

لما ادعاه ، وان قال اشترعبدي هذا أواعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا ، وإن قال لك علي الف إن شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي ليس باقرار لأنه علق إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله تعالى لاسبيل الى معرفته.

ولنا انه وصل إقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف إلا الفاً ولانه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه مالو قال : له علي الف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له علي الف إلا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال : لك علي الف ان شئت أو ان شاء زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضي يصح لانه عقبه بما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله .

ولنا انه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال : له علي الف ان شهد بها فلان وذلك لان

(فصل) اذا قال له علي الف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لان الشيء يحتمل الكثير والقليل لكن لا يجوز استثناء الأكثر فيتعين حمله على ما دون النصف، وكذلك ان قال إلا قليلا لانه مبهم فأشبه قوله إلا شيئاً وان قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الالف ويحلف على الزيادة ان ادعيت عليه

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينهما وان قال من درهم الى عشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لابتداء الغاية وأول الغاية منها والى لانتهاء الغاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ويلزمه ما بينهما كالتي قبلها .

(والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره، وان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان كذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهماً واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو واحد على العشرة فيصير أحد عشر ثم اضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(مسئلة) (وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو فوقه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهم ودرهم أو درهم بل درهمان أو درهمان بل درهم لزمه درهمان) اذا قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم او معه درهم او مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم في الجودة اوفوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال ابو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار

الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتفويضاً الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رءوسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صلينا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاتهم، بخلاف مشيئة الآدمي (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقف الامر على وجودها ، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا بتوقف الامر على وجودها ، والماضي لا يمكن وقفه فيتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً، وان قال بعتك ان شاء الله تعالى أو زوجتك إن شاء الله تعالى فقال أبو اسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح ؟ فقال نعم إن شاء الله تعالى ان النكاح وقع به قال أبو حنيفة ولو قال بعتك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبلت صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الايجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وان

فالظاهر انه اقرار، ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء ، وقال ابو حنيفة واصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم لان تحت يقتضي النقص .

ولنا ان حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهما واحداً سواء ذكره بما يقتضي زيادة او نقصا ، وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان فان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان) وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجها فيما اذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة

ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وثم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقتضى ثبوتهما كما لو قال انت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بانها زيوف أو صغار أو مؤجلة، وان قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن ابي موسى عن بعض اصحابنا انه اذا قال اردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه انه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني وظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف وهو يقتضي المغايرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والاقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم

قال : له علي الفان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها في الحال ومالا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط ، وإن قال : إن شهد فلان علي لك بألف صدقته لم يكن إقراراً لانه يجوز ان يصدق الكاذب، وان قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمل أن لا يكون إقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقراراً في الحال لانه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بصدقه وإن قال له علي الف إن شهد بها فلان لم يكن إقراراً لانه معلق على شرط.

(فصل) وان قال : لي عليك الف فقال أنا أقر لم يكن إقراراً لانه وعد بالاقرار في المستقبل وان قال لا أنكر لم يكن اقرارا لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنها وان قال لا أنكر أن تكون محقا لم يكن اقرارا لذلك وان قال أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال أقررت قال الله تعالى (قال أقررتم وأخذتم على ذلكم اصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقرارا واحتمل

اذا قال علي درهم فدرهم او درهم ثم درهم ثم درهم فان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم او درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لان الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين فلم يحتمل التأكيد

(مسئلة) (فان قال له علي درهم بل درهمان او درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لان بل للاضراب فلما اقر بدرهم واضرب عنه لزمه لانه لا يقبل رجوعه عما اقر به ولزمه الدرهمان اللذان اقر بهما

ولنا انه إنما نفى الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له علي درهم بل اكثر فانه لا يلزمه أكثر من اثنين .

(مسئلة) (وان قال له علي درهمان بل درهم او درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان؟ على وجهين) ذكرهما ابو بكر (احدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق انها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كما لو اقر بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل إلا ان الصحيح انها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها الجملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ويقتضيه قول زفر وداود لان ما بعد الاضراب يغاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي اقر به بعده فيجب الاثبات كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولانا لو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لغواً واضرابه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً .

أن لا يكون مقراً لانه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو ببطلان دعواك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانها للترجي ، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقراراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك ،وان قال خذ أو اتزن لم يكن مقرا لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئاً آخر ، وان قال خذها أو اتزنها أو هي صحاح ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولانه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره

(مسئلة) (ولو قال له علي هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة) لا نعلم في ذلك خلافا لانه متى كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه الجميع لان الاول لا يمكن ان يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين اقر باحداهما ثم رجع الى الاخرى لزماه

(مسئلة) (وان قال درهم في دينار لزمه درهم وان قال له علي درهم في عشرة لزمه درهم إلا ان يريد الحساب فيلزمه عشرة ،اما اذا قال له عندي درهم في دينار فانه يسئل عن مراده فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهم والدينار وان قال اسلمته في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم أحد النقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه درهم وبطل قوله في دينار وكذلك أن قال له درهم في ثوب وفسره بالسلم او قال في ثوب اشتريته منه الى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وان كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهم وأما اذا قال درهم في عشرة وقال أردت في عشرة لي لزمه درهم لانه يحتمل ما يقول وان قال أردت الحساب لزمه عشرة وان قال أردت مع عشرة لزمه أحد عشر لان كثيراً من العوام يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى فان كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه في معانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فانه لا يمتنع ان يستعمل اصطلاح العامة

(مسئلة) (وان قال له عندي تمر في جراب أو سكين في قراب أو ثوب في منديل أو عبد عليه عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقراً بالمظروف دون الظرف ؟ وجهان)

(أحدهما) يكون مقراً بالمظروف دون الظرف وهذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعي لان اقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار فلزمه كما لو قال له علي خاتم فيه فص وكذلك ان قال غصبت منه ثوبا في منديل أو زيتاً في زق، واختار شيخنا فيما اذا قال عبد عليه عمامة أن يكون مقراً بهما وهو قول أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لان المنديل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر انه ظرف له في حال الغصب فصار كانه قال غصبت ثوبا ومنديلا

بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقرارا لان الضمير يعود الى ما تقدم وان قال له علي الف اذا جاء رأس الشهر أو اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فقال اصحابنا الاول اقرار والثانى ليس باقرار وهذا منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار والثاني ليس باقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله اذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بامر محتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينهما لان تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعاً وجهان

ولنا أنه يحتمل ان يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول غصبت ثوباً في منديل ولو قال هذا لم يكن مقراً بغصبه فاذا أطلق كان محتملا له فلم يكن مقراً بغصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها

﴿مسألة﴾ (وان قال له عندي خاتم فيه فص فهو مقر بهما)

لان الفص جزء من الخاتم فأشبه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ويحتمل أن يخرج على الوجهين فيكون مقراً بالخاتم وحده ، وان قال فص في خاتم احتمل وجهين ، فان قال له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لان اسم الخاتم يجمعهما وكذلك ان قال له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرنا .

(فصل) وان قال له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضا وجهان ذكرناها وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون السرج لان العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار.

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجا على دابة أحدهما كان لصاحبها فهو كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول

(مسألة) (وان قال له علي درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع في تفسيره اليه) لان أو وإما في الخبر الشك وتقتضي أحد المذكورين لاهما فان قال له علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزم بالشك

كتاب العارية

﴿مسألة﴾ قال (والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير)

العارية اباحة الانتفاع بعين من اعيان المال مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول اعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ويمنعون الماعون) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو، وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة عام حجة الوداع «العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعيم غارم» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه ابو داود،

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولانه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا. اذا ثبت هذا فان العارية مندوب اليها وليست واجبة في قول أكثر اهل العلم، وقيل هي واجبة للآية ولما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وما حقها؟ قال «اعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره

كتاب العارية

وهي مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول أعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، وهي اباحة الانتفاع بعين من أعيان المال، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى ويمنعون الماعون روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا العواري وفسرها ابن مسعود قال القدر والميزان والدلو. واما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في خطبته في حجة الوداع «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم» قال الترمذي حديث حسن غريب وروى صفوان بن امية ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال أغصباً يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه ابو داود

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولانه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعاً، وهي مندوب اليها غير واجبة في قول اكثر اهل العلم وقيل هي واجبة للآية ولما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «مامن صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وماحقها؟ قال «إعارة دلوها واطراق فحلها ومنحة لبنها يوم ورودها» فذم الله تعالى

ولنا قول النبي ﷺ «اذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك» رواه ابن المنذر وروي عن النبي ﷺ انه قال «ليس في المال حق سوى الزكاة» وفي حديث الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ ما ذا فرض الله علي من الصدقة ؟ قال «الزكاة» فقال هل علي غيرها ؟ قال «لا الا ان تطوع شيئاً» او كما قال، والآية فسرها ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراءى ومنع الماعون. ويجب رد العارية ان كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها ان كانت تالفة تعدى فيها المستعير او لم يتعد روي ذلك عن ابن عباس وابي هريرة واليه ذهب عطاء والشافعي واسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وابو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة هي امانة لا يجب ضمانها الا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال «ليس على المستعير غير المغل ضمان» ولانه قبضها باذن مالكها فكانت امانة كالوديعة» قالوا وقول النبي ﷺ «العارية مؤداة» يدل على انها امانة لقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها)

ولنا قول النبي ﷺ في حديث صفوان «بل عارية مضمونة» وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ انه قال «على اليد ما اخذت حتى تؤديه» رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه اخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف

مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكره في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «اذا اديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك» رواه ابن المنذر وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «ليس في المال حق سوى الزكاة» وفي حديث الاعرابي الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم ماذا فرض الله علي من الصدقة ؟ او قال الزكاة، قال هل على غيرها ؟ قال «لا، إلا أن تطوع شيئاً» أوكما قال والآية فسرها ابن عمر والحسن بالزكاة وكذلك زيد بن اسلم وقال عكرمة إذا جمع ثلاثتها فله الويل إذا سها عن الصلاة وراءى ومنع الماعون .

(فصل) ولا تجوز إلا من جائز التصرف لانه تصرف في المال أشبه البيع وتنعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها كقوله أعرتك هذا، أو يدفع اليه شيئا ويقول أبحتك الانتفاع به أو خذ هذا فانتفع به أو يقول أعرني هذا أو اعطنيه أركبه أو أحمل عليه فيسلمه اليه وأشباه هذا لانه اباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كاباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

﴿ مسألة ﴾ (وهي هبة منفعة تجوز في كل المنافع الا منافع البضع)

تجوز اعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعبيد والجواري والدواب والثياب والحلي للبس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استعار أدراعا وذكر اعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فثبت الحكم في هذه الأشياء

فكان مضمونا كالغاصب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل انه أراد ضمان المنافع والاجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم.

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حفص العكبري يسقط، قال أبو الخطاب أومأ اليه احمد وهو قول قتادة والعنبري لانه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري انها لا تضمن إلا ان يشترط ضمانها فيجب لقول النبي ﷺ لصفوان «بل عارية مضمونة»

ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي ﷺ اخبار بصفة العارية وحكمها، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فان الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الاذن فيه، وإسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه.

(فصل) وإذا انتفع بها وردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها، وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها لان ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة وخف الثوب بلبسه ففيه

وما عداها يقاس عليها اذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك اباحته اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير للوزن فان استعارها لينفقها فهو قرض وهذا قول اصحاب الرأي، وقيل لا يجوز ذلك ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً

ولنا ان هذا معنى القرض فانعقد القرض به كما لو صرح به. فأما منافع البضع فلا تستباح بالبذل ولا بالاباحة اجماعاً وانما يباح بأحد شيئين الزوجية وملك اليمين قال الله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان منافع البضع لو ابيحت بالبذل والعارية لم يحرم الزنا لان الزانية تبذل نفعها له والزاني مثلها

﴿مسئلة﴾ (ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر) لانه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز عاريته لذلك ولا تجوز اعارة الصيد لمحرم لانه لا يجوز له امساكه

﴿مسئلة﴾ (ويكره اعارة الامة الشابة لرجل غير محرمها)

ان كان يخلو بها وينظر اليها لانه لا يؤمن عليها فان كانت شوهاء أو كبيرة فلا بأس لانها لا يشتهى مثلها وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرمها لعدم ذلك، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه او يعصي الله تعالى فيها ولا اعارة عبد للزمر أو لسقيه الخمر أو يحملها اليه أو يعصرها ونحو ذلك لانه اعانة على المحرم

﴿مسئلة﴾ (واستعارة والديه للخدمة) لانه يكره استخدامهما فكره استعارتهما لذلك

وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لانها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت مغصوبة ولانها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن اذا تلفت وحدها كسائر الاجزاء (والثاني) لا يضمنها وهو قول الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في اتلافها صريحاً، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه إنما اذن في أتلافها على وجه الانتفاع فاذا تلفت العين قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فانه يضمن منافعها، فاذا قلنا لا يضمن الاجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فانها تقوم حال التلف لان الاجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلايجوز تقويمها عليه وإن قلنا يجب ضمان الاجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها ، وان تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها باجزائها ، وكذلك لو تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوباً ليلبسه فحمل فيه تراباً فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديه وإن تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبه تلفها بفعل غير مأذون فيه ، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ماتلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه.

(فصل) فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل

﴿مسئلة﴾ (وللمعير الرجوع فيها متى شاء مالم يأذن في شغلها بشيء يستضر المستعير برجوعه)

تجوز العارية مطلقة ومؤقتة لانها اباحة فأشبهت اباحة الطعام وللمعير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقة أو مؤقتة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم يوقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لان المعير قد ملكه المنفعة مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير رضى المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر

ولنا أن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده فلم يملكها بالاعارة كما لو لم تحصل العين في يده ولان المنافع انما تستوفى شيئاً فشيئاً فكلما استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لان التبرع من غيرهم وأما المستأجر فهو مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا ، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعلمه لانه اباحة فكان لمن أبيح له تركه كاباحة الطعام

﴿مسئلة﴾ (فان أذن له في شغله بشيء يستضر المستعير برجوعه فيه لم يجز له الرجوع)

لما فيه من اضرار بالمستعير مثل ان يعيره سفينة لحمل متاعه او لوحا يرقع به سفينة فرقعها به ولجج في البحر لم يجز الرجوع مادامت في لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر

﴿مسئلة﴾ (وان أعاره ارضا للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت)

في الضمان ولا فائدة المستعير فيه فأشبه الوديعة ، ويضمنه في الآخر لانه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المغصوبة والاول أصح فان ولد المغصوبة لا يضمن اذا لم يكن مغصوبا وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه وإنما يضمن ولدالمغصوبة إذا كان مغصوباً فلا أثر لكونه ولداًلها .

(فصل) ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفهاالا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً

(فصل) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذاقال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لانها صارت كالمقبوضة فان رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة .

ولنا أنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وان ردها الى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة في ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب انه يبرأ قاله القاضي لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها المودع الى امرأته لم يضمنها ولانه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً، ومؤنة الردعلى المستعير لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله «على اليد

وله الرجوع فيها قبل الدفن وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت رميما قاله ابن البنا

﴿مسئلة﴾ (وان اعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع مادام عليه) اذا أعاره حائطا ليضع عليه اطراف خشبه جاز كما تجوز اعارة الارض للغراس والبناء وله الرجوع قبل الوضع وبعده مالم يبن عليه لانه لاضرر عليه فيه فان بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وإن قال أنا أدفع اليك ما ينقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لانه اذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة

﴿مسئلة﴾ (وان سقط عنه لهدم أوغيره لم يملك رده)

سواء بنى الحائط بآلة أو بغيرها لان العارية لاتلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بازالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك بانهدامه وسواء زال الخشب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله

﴿مسئلة﴾ (وان أعاره أرضاً للزرع لم يرجع الى الحصاد الا ان يكون مما يحصد قصيلا فيحصده)

اذا أعاره ارضاً للزرع فله الرجوع مالم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها الى ان ينتهي الزرع فان بذل المعير له قيمة الزرع ليملكه فلم يكن له ذلك نص عليه احمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد قصيلا فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه

ما أخذت حتى تؤديه» وعليه ردها الى الموضع الذي أخذها منه الا ان يتفقا على ردها الى غيره لان ما وجب رده لزم رده الى موضعه كالمغصوب .

(فصل) ولا تصح العارية الا من جائز التصرف لانه تصرف في المال فأشبه التصرف بالبيع وتنعقد بكل فعل أو لفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع اليه شيئاً ويقول أبحتك الانتفاع به أو خذ هذا فانتفع به أو يقول أعرني هذا أو أعطنيه أركبه أو احمل عليه ويسلمه اليه وأشباه هذا لانه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كاباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف

(فصل) وتجوز اعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعقار والعبيد والجواري والدواب والثياب والحلي للبس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استعار أدراعا، وذكر إعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم في هذه الاشياء وما عداها مقيس عليها اذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إباحته اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولانها أعيان تجوز اجارتها فجازت اعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها ، فان استعارها لينفقها فهذا قرض وهذا قول أصحاب الرأي وقيل ليس هذا جائزا ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً، ولنا أن هذا معنى القرض فانعقد القرض به كما لو صرح به

(مسئلة) (وإن أعارها للغراس والبناء وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع)

لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم » حديث صحيح ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ماعدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافا فاما تسوية الحفر فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا والا لم يلزمه لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه بشرط القلع

(مسئلة) (وإن لم يشترط لم يلزمه الا أن يضمن له المعير النقص)

فاذا لم يشترط المعير القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه فان ضمن له النقص لزمه لانه رجوع في العارية من غير اضرار فان قلع فعليه تسوية الارض وكذلك ان اختار أخذ بنائه وغراسه فانه يملكه فملك نقله لان القلع باختياره لو امتنع منه لم يجبر عليه قلمه لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمته التسوية كالشفيع اذا أخذ غرسه وقال القاضي لا يلزمه ذلك لان المعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلع غرسه الذي لا يمكن الا بالحفر

(مسئلة) (فان أبى القلع في الحال التي لا يجبر عليه فيها فبذل له المعير قيمة الغراس والبناء ليملكه أجبر المستعير عليه)

كالشفيع مع المشتري والمؤجر مع المستأجر فان قال المستعير أنا أدفع قيمة الارض لتصير لي لم يلزم المعير لان الغراس والبناء تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ولا تتبعهما وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان الا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع

(فصل) ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر لانه لايجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز اعارته لذلك ولا اعارة الصيد لمحرم لانه لايجوز له امساكه ولا اعارة المرأة الجميلة لرجل غير محرمها ان كان يخلو بها أو ينظر اليها لانه لا يؤمن عليها، وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرمها، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يعصي الله تعالى فيها ولا اعارة عبده للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحملها له أو يعصرها أو نحو ذلك ، ويكره أن يستعير والديه لخدمته لانه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك

(فصل) وتجوز الاعارة مطلقاً ومقيداً لانها اباحة فجاز فيها ذلك كاباحة الطعام ولان الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة فاذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيح له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فاذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويغرس ويبني ويفعل فيها كل ماهي معدة له من الانتفاع لان الاذن مطلق، وان أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ماشاء لان ضرره دون ضررهما فكانه استوفى بعض ماأذن له فيه، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لان ضررهما اكثر فلم يكن الاذن في القليل اذناً في الكثير وان استعارها للغراس او للبناء ملك المأذون فيه منهما دون الآخر لان ضررهما مختلف فان ضرر الغراس في باطن الارض لانتشار العروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في احدهما اذناً في الآخر، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ماهو اقل ضرراً منها كالشعير والباقلا والعدس، وله زرع ماضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه

قبل انقضائها لان المعير لم يغره فكان عليه القلع كما لو شرط عليه

ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يغره ممنوع فان الغراس والبناء يراد للتبقية وتقدير المدة ينصرف الى ابتدائه كانه قال لا تغرس بعد هذه المدة

(مسئلة) (فان امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجر لم يقلع)

لان العارية تقتضي الانتفاع بغير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر ازالته رضى بالابقاء ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه أن العرق الذي ليس بظالم له حق فبعد ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الارض بغراسها وبنائها ودفع الى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض بلا غراس ولا بناء فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مغروسة مبنية فان قالوا خمسة عشر فيكون للمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه

(مسئلة) (وان أبيا البيع ترك بحاله) وقلنا لهما انصرفا فلا حكم لكما عندنا

(مسئلة) (وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) وجملته أن للمعير التصرف في أرضه ودخولها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالغراس والبناء ولا ينتفع بهما ، وللمستعير الدخول للسقي والاصلاح وأخذ الثمرة وليس له الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه لانه قد رجع في الاذن له

وليس له زرع ماهوا أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لان ضرره أكثر وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه ومايمنع منه وسنذكر في الاجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وان أذن له في غرس شجرة فانقلعت لم يكن له غرس أخرى وكذلك ان اذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى لان الاذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزه

(فصل) وان استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده وليس له أن يؤجره لانه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافا، ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه وليس له أن يعيره غيره وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب ماملكه فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأي إذا استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك اذا لم يعمل بها الا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه، ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره كاباحة الطعام وفارق الاجارة لانه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبه من أبيح له أكل الطعام، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله

ولان الاذن في الغرس اذن فيما يعود بصلاحه ولكل واحد منهما بيع ما يختص به مع الملك ومنفرداً فيقوم المشتري مقام البائع، وقال بعض الشافعية ليس للمستعير البيع لان ملكه في الشجر والبناء غير مستقر لان للمعير اخذه منه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول

(مسئلة) (ولم يذكر اصحابنا عليه اجرة من حين الرجوع في هذه المسائل)

الا فيما اذا استعار ارضاً فزرعها ورجع المعير فيها قبل كمال الزرع فعليه اجر مثلها من حين الرجوع لان الاصل جواز الرجوع وانما منع القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا، وفيه وجه آخر انه لا يجب الاجر في شيء من المواضع لان حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الانتفاع

(مسئلة) (وان غرس او بنى بعد الرجوع او بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه)

العارية تنقسم قسمين مطلقة ومؤقتة. تبيح الانتفاع مالم ينقض الوقت لانه استباح ذلك بالاذن ففيما عدا محل الاذن يبقى على اصل المنع فان كان المعار ارضاً لم يكن له ان يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت او الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك فهو غاصب يأتي حكمه في باب الغصب

أن يطالب من شاء منهما لان الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه والثاني استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول الا ان يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع اليه العين على انه يستوفي منافعها بغير عوض وان تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على ان تكون مضمونة عليه فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني وان رجع على الثاني لم يرجع على احد

(فصل) وان اعاره شيئاً واذن له في اجارته مدة معلومة او في إعارته مطلقاً اومدة جازلان الحق لمالكه فجاز ما اذن فيه وليس له الرجوع بعد عقد الاجارة حتى ينقضي لان عقد الاجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الاجارة لا يوجب ضمانا وان أجره بغير اذن لم تصح الاجارة ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمين من شاء منهما على ما ذكرنا في العارية

(فصل) ويجوزأن يستعير عبداً يرهنه قال ابن المنذر أجمعوا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن له فيه أن ذلك جائز وذلك لانه استعاره ليقضي به حاجته فصح كسائر العواري ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لان

(فصل) يجوز ان يستعير دابة ليركبها الى موضع معلوم لان إجارتها جائزة والاعارة أوسع لجوازها فيما لاتجوز إجارته كالكلب للصيد، فان استعارها الى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه أجر المثل للزائد خاصة وان اختلفا فقال المالك أعرتكها الى فرسخ وقال المستعير الى فرسخين فالقول قول المالك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان يشبه ماقال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان .

ولنا ان المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ولكن اليمين على المدعى عليه»

(مسئلة) (وان حمل السيل بذرا الى أرض فنبت فيها فهو لصاحبه)

ولا يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي يجبر عليه في أحد الوجهين اذا طالبه رب الارض لان ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبه مالو انتشرت اغصان شجرته في هواء ملك غيره

ولنا أن قلعه اتلاف للمال عن مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها فانه لا يجبر على قتلها ، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل في الهواء فيؤدي أجره اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي لا أجر عليه لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه أشبه ما اذا باتت دابته في أرض إنسان بغير تفريطه والاول أولى لان الزامه

العارية لا يعتبر فيها العلم وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي يعتبر ذلك لان الضرر يختلف بذلك . ولنا أنها عارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الارض للزرع ، ولا يصير المعير ضامنا للدين وقال الشافعي في أحد قوليه يصير ضامنا له في رقبة عبده لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري وانما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لمالك العين، وان عين المعير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محلا تعين لان العارية تتعين بالتعيين فان خالفه في الجنس لم يصح لانه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن في رهنه وكذلك اذا أذن له في محل نخالفه فيه لانه اذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفكه به في الحال، وان أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده الى أجل لم يصح ، وان رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح لان من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه وان رهنه بأنقص منه جاز لان من رضي بعشرة رضي بما دونها عرفا فأشبه من أمر بشراء شيء بثمن فاشتراه بدونه وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل لان للمعير الرجوع في العارية متى شاء وان حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه في الدين لان ذلك مقتضى الرهن فاذا بيع في الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته لان العارية تضمن بقيمتها

تبقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرار به وشغل لملكه بغير اختياره فلم يجز كما لو أراد ابقاء البهيمة في دار غيره عاما، ويفارق مبيتها لان ذلك لايجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها فاذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ويكون الزرع لمالك البذر لانه عين ماله ويحتمل ان لصاحب الارض اخذه بقيمته كزرع الغاصب على ما نذكره والاول أولى لانه بغير عدوان وقد امكن جبر حق مالك الارض بدفع الاجر اليه ، وان احب مالكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه

﴿مسئلة﴾ (وإن حمل السيل نوى غرس رجل فنبت في أرض غيره كالزيتون ونحوه فهو لمالك النوى)

لانه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لان ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غيره، وهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الغاصب ؟ على وجهين (احدهما) يكون كغرس الغاصب لانه حصل في ملك غيره بغير اذنه (الثاني) كغرس الشفيع لانه حصل في ملك غيره بغير تفريط منه ولا عدوان .

(فصل) وان حمل السيل ارضاً بشجرها فنبتت في أرض آخر كما كانت فهي لمالكها يجبر على ازالتها كما ذكرنا وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الارض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الارض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجره ولا غيره لانه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة

وان تلف بغير تفريط فلا شيء على المرتهن لان الرهن لا يضمن من غير تعد ،وان استعار عبداً من رجلين فرهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما لم تخرج لانه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد

(فصل) وتجوز العارية مطلقة ومؤقتة لانها إباحة فأشبهت اباحة الطعام وللمعير الرجوع في العارية أي وقت شاء ـ سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم تؤقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لان المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر .

ولنا أن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده فلم يملكها بالاعارة كما لو لم تحصل العين في يده، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فانه مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعلمه لانه إباحة فكان لمن أبيح له تركه كاباحة الطعام .

(فصل) وإذا أطلق المدة في العارية فله أن ينتفع بها مالم يرجع وإن وقتها فله أن ينتفع مالم يرجع أو ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالاذن ففيما عدا محل الاذن يبقى على أصل التحريم ، فان كان

الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء أخذه لنفسه وان شاء قلعه .

(فصل) قال رضي الله عنه (وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر)

لانه ملك التصرف بقول المالك واذنه فأشبه المستأجر لانه ملكه باذنه فوجب ان يملك مايقتضيه الاذن كالمستأجر ، فعلى هذا ان اعاره للغراس والبناء فله ان يزرع ما شاء وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن وان استعارها للغرس او البناء ملك المأذون له فيه منها دون الآخر لان ضررهما مختلف ، وكذلك إن استعارها لزرع الحنطة فله زرع الشعير وقد ذكرنا ذلك مفصلا في الاجارة وكذلك إن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فانقلعت لم يملك غرس أخرى لان الاذن اختص بشيء لم يجاوزه .

(فصل) ومن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه لانه لم يملك المنافع فلم يكن له أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم ان المستعير لا يملك العين وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه

(فصل) وليس له أن يرهنه بغير اذن مالكه ، وله ذلك باذنه بشروط ذكرناها في باب الرهن ولا يصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي يصير ضامناً في رقبة عبده في أحد قوليه لان العارية مايستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان

المعار أرضاً لم يكن له أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه وحكمه حكم الغاصب في ذلك لقول النبي ﷺ « ليس لعرق ظالم حق » وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام الغصب لأنه عدوان .

(فصل) فان أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أثنائه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع لان الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الاضرار به مثل أن يعيره لوحاً يرقع به سفينته فرقعها به ولجج بها في البحر لم يجز الرجوع مادامت في البحر وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه، وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها، فاذا دفن لم يكن له الرجوع مالم يبل الميت، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما تجوز إعارة الارض للبناء والغراس وله الرجوع مالم يضعه وبعد وضعه ما لم يبن عليه لأنه لا ضرر فيه ، فان بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء ، وإن قال أنا أدفع اليك ارش مانقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع مافي ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة وإن انهدم الحائط وزال الخشب عنه أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته سواء بنى الحائط

ولنا انه اعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لمالك العين .

(مسألة) (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وان شرط نفي ضمانها سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتعد)

روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وهو قول الشافعي واسحاق ، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولانه قبضها باذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة، قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بل عارية مضمونة » وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف فكان مضموناً كالمغصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدار قطني ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

بآلته أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بازالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك وكذلك إذا سقط الخشب والحائط بحاله ، وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع مالم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع فان بذل له قيمة الزرع ليملكه لم يكن له ذلك نص عليه احمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد قصيلا فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي، وإن أذن له في البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه فاذا غرس وبنى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء لانه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه فأشبه ما لو لم يبن في الارض شيئاً ولم يغرس فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فملك نقله ولا يلزمه تسوية الحفر ، ذكره القاضي ، لان المستعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلع غرسه ، ويحتمل أن عليه تسوية الحفر لان القلع باختياره فانه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعرها، وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائما ليأخذه المعير أجبر المستعير عليه لأنه رجوع في العارية من غير اضرار، وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له لان الغراس تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ولا تتبعها وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لان المعير لم يغره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه.

(فصل) وان شرط نفي الضمان لم يسقط وبه قال الشافعي وقال أبو حفص العكبري يسقط قال أبو الخطاب أومأ اليه احمد وبه قال قتادة والعنبري لانه لو أذن في اتلافها لم يجب ضمانها فكذلك اذا اسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري انها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بل عارية مضمونة » .

ولنا ان كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم اخبار بصفة العارية وحكمها، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فان الاتلاف فعل يصح فيه الاذن ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الاذن فيه واسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه

(فصل) وتضمن بقيمتها يوم التلف إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وان كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً ويضمنها بمثلها ان كانت مثلية

(مسئلة) (وكل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه لان مقتضى العقد كونه أمانة فاذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد

ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يعره ممنوع فان الغراس والبناء يراد للتبقية وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له : لا تغرس بعد هذه المدة فان امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرة لم يقلع لان الاعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالابقاء وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق فعند ذلك ان اتفقا على البيع بيعت الارض بغراسها ودفع إلى كل واحدمنهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض غير مغروسة ولا مبنية فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مغروسة ومبنية؟ فان قالوا خمسة عشر قلنا فللمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه وان امتنعا عن البيع بقيا على حالهما وللمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي واصلاح الثمرة لان الاذن في الغراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره وسقيه وليس له دخولها للتفرج لأنه قد رجع في الاذن له ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفرداً فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه وقال بعض أصحاب الشافعي ليس للمستعير بيع الشجر لان ملكه فيه غير مستقر بدليل أن للمعير أخذه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير

مالكه وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه لان مقتضى العقد الضمان فاذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدي فيه وعن أحمد انه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه والاول ظاهر المذهب لما ذكرناه

(مسئلة) (وان تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين)

وجملة ذلك ان المستعير اذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لان ما تضمن جملته تضمن أجزاؤه كالمغصوب فأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لانه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمغصوب ولانها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالاجزاء التي لا تتلف بالاستعمال (والثاني) لا يضمنها وبه قال الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في إتلافها صريحاً وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه إنما أذن في اتلافها على وجه الانتفاع فاذا تلفت قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فانه يضمن منافعها فان قلنا لا يضمن الاجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لان الاجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذونا في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وان قلنا تضمن الاجزاء قومت العين قبل

شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك، لان المسلمين على شروطهم ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافاً، واما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزم لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضاً للزرع فزرعها ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع فان عليه أجر مثله من حين رجع المعير لان الاصل جواز الرجوع وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه ويحتمل أن لا يجب الاجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض .

(فصل) واذا استعار دابة ليركبها جاز لان اجارتها لذلك جائزة والاعارة أوسع لجوازها فيما لا تجوز اجارته مثل اعارة الكلب للصيد فان استعارها إلى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه الاجرة للزيادة خاصة فاذا استعارها الى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة

تلف أجزائها فان تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه كمن استعار ثوبا ليلبسه فحمل فيه تراباً فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديه وان تلفت بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها بمرور الزمان الطويل عليها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه وما تلف بطول الزمان كالذي تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه

(فصل) ولا يجب ضمان ولد العارية في احد الوجهين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه أشبه الوديعة ويضمن في الآخر لانه ولد عين مضمونة أشبه ولد المغصوبة والاول أصح فان ولد المغصوبة لا يضمن اذا لم يكن مغصوبا وكذلك العارية اذا لم يؤخذ مع أمه

(مسئلة) (وليس للمستعير أن يعير) وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وفي الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كاجارة المستأجر ويحتمل ان يكون مذهبا لاحمد في العارية المؤقتة بناء على كونه اذا أعاره أرضه سنة ليبني فيها لم يحل الرجوع قبل السنة لانه قد ملك المنفعة فجازت له اعارتها كالمستأجر بعقد لازم وحكاه صاحب المجرد قولا لاحمد ، وقال أصحاب الرأي اذا استعار ثوبا ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك اذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي اعيرها فلا ضمان عليه

ولنا ان العارية إباحة المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره كاباحة الطعام وفارق الاجارة فانه ملك

وان اختلفا فقال المالك أعرتـكها إلى طبرية وقال المستعير أعرتنيها إلى القدس فالقول قول المالك وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان يشبه ماقال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان ولنا أن المالك مدعى عليه فـكان القول قوله لقول النبي ﷺ « لكن اليمين على المدعى عليه »

(فصل) ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقا فلمالـكه أجر مثله يطالب به من شاء منهما فان ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لانه غره بذلك وغرمه لانه دخل على أن لا أجر له وإن رجع على المعير لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه ،قال أحمد في قصار دفع ثوبا الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وان تلف فالقيمة تستقر على المستعير لانه دخل على أن العين مضمونة عليه فان ضمن المعير رجع على المستعير وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه ، وان نقصت العين بالاستعمال انبنى على ضمان النقص فان قلنا هو على المستعير فحـكمه حكم القيمة وان قلنا هو على المعير فهو كالاجر على ما بيناه

(فصل) اذا حمل السيل بذر رجل من أرض الى أرض غيره فنبت فيها لم يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يجبر على ذلك اذا طالبه رب الارض به لان ملـكه حصل في ملك غيره بغير اذنه فأشبه مالو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره .ولنا أن قلعه اتلاف للمال على مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها الا بقلع الباب أوقتلها فاننا لانجبره على قتلها، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره

الانتفاع على كل وجه فلك ان يملـكها وفي العارية لم يملـكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن فيه فأشبه من أبيح له أكل الطعام. فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله ان يطالب من شاء منهما لان الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه والثاني استوفاه بغير إذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع اليه العين على أنه يستوفي منافعها بغير عوض

(مسئلة) (وان تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء)

لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لانه قبضها على أنها مضمونة عليه فان ضمن الاول رجع الاول على الثاني ولا يرجع الثاني ان ضمنه على أحد .

(مسئلة)(وعلى المستعير مؤنة رد العارية)

لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله « على اليد ما أخذت حتى ترده » قال الترمذي هذا حديث حسن، ويجب ردها الى المعير او الوكيل في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه او الى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لانها صارت كالمقبوضة فان رد العواري في العادة يكون الى املاك اربابها فيكون مأذوناً فيه عادة .

ولا يعرف قدر مايشغل من الهواء فيؤدي أجره . اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده باجر مثله وقال القاضي ليس عليه أجر لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه فأشبه مالو باتت دابته في أرض انسان بغير تفريطه وهذا بعيد لان الزامه تبقية زرع ماأذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع إضرار به وشغل لملكه بغير اختياره من غير عوض فلم يجز كما لو أراد ابقاء بهيمته في دار غيره عاما ، ويفارق مبيتها لان ذلك لايجبر المالك عليه ولا يمنع من اخراجها فاذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ،ويكون الزرع لمالك البذر لانه من عين ماله ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب على ماسنذكره لانه حصل في أرضه بغير اذنه فأشبه مالو زرعه مالكه والاول أولى لان هذا بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الارض بدفع الاجر اليه، وان أحب مالكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الارض لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبه المستعير، وأما ان كان السيل حمل نوى فنبت شجراً في أرض غيره كالزيتون والنخيل ونحوه فهو لمالك النوى لانه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لان ضرره يدوم فأجبر على ازالته كاغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غير مالكها وان حمل السيل أرضا بشجرها فنبت في أرض آخر كما كانت فهي لمالكها يجبر على ازالتها كما ذكرنا ، وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الارض المنتقلة أو الشجر او الزرع ذلك لصاحب الارض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجر ولا غير ذلك لانه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء اخذه لنفسه وان شاء قلعه

ولنا انه لم يردها الى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا نسلم ان العادة ماذكر

(مسئلة) (وان رد الدابة الى اصطبل المالك أو غلامه لم يبرأ الا بردها الى من جرت عادته بجريان ذلك على يده كالسائس ونحوه)

قد ذكرنا في المسئلة قبلها الا ردها الى المكان الذي أخذها منه، وان ردها الى زوجته المتصرفة في ماله أو رد الدابة الى سائسها فقال القاضي يبرأ في قياس المذهب لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها الى امرأته لم يضمنها لانه مأذون في ذلك أشبه ما لو أذن فيه نطقاً

(فصل) ومن استعار شيئا فانتفع به ثم ظهر مستحقا فلمالكه أجر مثله يطالب به من شاء منهما فان ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لانه غره بذلك وغرمه لانه دخل عن انه لا أجرة عليه وان ضمن المعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه قال احمد في قصار دفع ثوباً الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وسنذكره في الغصب ان شاء الله تعالى .

(فصل) وان اختلفا فقال أجرتك قال بل أعرتني عقيب العقد والبهيمة قائمة فالقول قول الراكب اذا اختلف رب الدابة والراكب فقال الراكب هي عارية وقال المالك أكريتكها

(فصل) واذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية وقال المالك بل اكتريتها فان كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من ان يكون الاختلاف عقيب العقد او بعد مضي مدة لمثلها اجر فان كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لان الاصل عدم عقد الاجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة الى مالكها لانها عارية وكذلك ان ادعى المالك انها عارية وقال الراكب بل اكتريتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها اجر فادعى المالك الاجارة فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله. ولنا أنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كما لو اختلفا في عين فقال المالك بعتكها وقال الآخر وهبتنيها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكروه يبطل بهذه المسألة ولانهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفي قدره وجهان (أحدهما) أجر المثل لانهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل، وان كان اختلافهما في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لان ما بقي بمنزلة مالو اختلفا عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة انها عارية وادعى الراكب انها بأجر فالراكب يدعي استحقاق المنافع

وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقد فالقول قول الراكب مع يمينه لان الاصل براءة ذمته منها لان الاصل عدم عقد الاجارة ويرد الدابة الى مالكها وكذلك اذا ادعى المالك أنها عارية وقال الراكب قد اكريتنيها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا

(مسئلة) (وان كان بعد مضي مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها) حكي ذلك عن مالك وقال أصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه.

ولنا أنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كما لو اختلفا في عين فقال المالك بعتكها وقال الآخر وهبتنيها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكروه يبطل بهذه المسألة ولانهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر

(مسئلة) (وهل يستحق أجر المثل أو المدعى اذا زاد عليها ؟ على وجهين)

(أحدهما) أجر المثل لانهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالاصل والاول أصح لان الاجارة لا تثبت بدعوى المالك بغير بينة وانما يستحق بدل المنفعة وهو أجر المثل وقيل يلزمه أقل الامرين لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به وان كان أكثر فليس له الا أجر المثل لان الاجارة لم تثبت وانما يكون القول قول المالك اذا اختلفا في أثناء المدة فيما مضى منها واما فيما بقي فالقول قول المستعير لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا

ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته ، وان اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمة قبل مضي مدة لمثلها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الاجارة أو الاعارة لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فاذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لمثلها أجر و تلف البهيمة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان مايدعيه المالك منهما أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به ويحتمل ان لا يأخذه الا بيمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على مايدعيه ، وان كان مايدعيه المالك اكثر مثل ان كانت قيمة البهيمة اكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء اكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قال المالك غصبتها وقال الراكب بل أعرتنيها فان كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك بهيمته وكذلك ان كانت الدابة تالفة لان

عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر باجرة فهو يدعي استحقاق المنافع ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته

(مسئلة) (وان اختلفا بعد تلف الدابة فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجرتني فالقول قول المالك اذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الاجارة أو العارية لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه، وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » حديث حسن واذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه منكر للزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها أجرة والبهيمة تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة اذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا بيمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على مايدعيه وان كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدابة

القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجر فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب لان المالك يدعي عليه عوضاً الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها بحق فكان القول قول صاحبها

ولنا ماقدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على ان المنافع ملك للراكب وههنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، وان قال المالك غصبتها وقال الراكب أجرتنيها فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا ان يختلف المسمى وأجر المثل والقول قول المالك مع يمينه فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً على المسمى لم يستحقه الا اليمين وجها واحداً

أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاجر وادعى الراكب انها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أجرتني أو أعرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقيل قول الغاصب) اذا كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك دابته وكذلك ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب العارية لان القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لان المالك يدعي عليه عوضا الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها حق فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في المسئلة التي قبلها بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على أن المنافع ملك الراكب وههنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، فان قال المالك غصبتها وقال الراكب أجرتنيها فالاختلاف ههنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا أن يختلف المسمى وأجر المثل فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً عن المسمى لم يستحقه الا باليمين وجها واحدا والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقة نوع من الغصب، وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الارض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» رواه أبو اسحاق الجوزجاني. وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه. إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف نعلمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولان حق

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون) وأما السنة فروى جابر ان رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «ان دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره، وعن سعيد ابن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الارض ظلما طوقه من سبع أرضين» متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه نذكرها ان شاء الله تعالى

(مسألة) (وتضمن أم الولد والعقار بالغصب) وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يضمن لان أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر

ولنا أنها تضمن بالقيمة فضمنت بالغصب كالقن ولانها مملوكة أشبهت المدبرة وفارقت الحرة فانها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته ، ولا يتحقق ذلك إلا برده فان تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تعذر رد العين وجب رد مايقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فان كان مما تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته كالحبوب والادهان وجب مثله لان المثل أقرب اليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الادراك بالسماع والقياس طريقة الظن والاجتهاد ، وإن كان غير متقارب الصفات وهو ماعدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن العنبري يجب في كل شيء مثله لما روت جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت مارأيت صانعاً مثل حفصة صنعت طعاماً فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني الأفكل فكسرت الاناء فقلت يارسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال «اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام» رواه أبو داود ، وعن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الاخرى فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة الى رسول صاحبة المكسورة

(مسألة) (ويضمن العقار بالغصب ويتصور غصب الاراضي والدور ويجب ضمانه على غاصبه) هذا ظاهر مذهب أحمد وهو المنصوص عند أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الارض وان كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء فظاهر هذا أنها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب فان أتلفها ضمنها بالاتلاف لانه لم يوجد فيها النقل والتحويل فلم يضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولان الغصب اثبات اليد على المال عدوانا على وجه يزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار

ولنا قوله عليه السلام « من ظلم شبراً من الارض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين » متفق على معناه وفي لفظ « من غصب شبراً من الارض » فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول ولانه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبه مالو أخذ الدابة والمتاع ، وأما اذا حال بينه وبين متاعه واستولى على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره ، وأما ما تلف من الارض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها أو كشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغراسه أو بنائه فيضمنه بغير خلاف بين العلماء لان هذا إتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير خلاف .

(فصل) ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أو غير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن وقال أصحاب الشافعي ان دخلها بغير

وحبس المكسورة في بيته ، رواه أبو داود مطولا ، ورواه الترمذي نحوه وقال حديث حسن صحيح ولان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بعيراً ورد مثله

ولنا ماروى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لانها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ولان هذه الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها فالقيمة فيها اعدل وأقرب اليها فكانت أولى واما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضي بذلك

(فصل) وما تماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدراهم والدنانير والحبوب والادهان ضمن بمثله بغير خلاف قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته وأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام احمد انه يضمن بمثله أيضاً فانه قال في رواية حرب وابراهيم بن هاني ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزون الا أن يكون مما فيه صناعة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص من الاواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه والمنسوج من الحرير والكتان والقطن

اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لان يد الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصباً فان الغصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنهما لو تنازعا في الدار ولا بينة حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها

ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها باذنه أو دخل صحراء له ولانه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب اذا كان بغير اذن .

(مسئلة) (وان غصب كلباً فيه نفع أو خمر ذمي لزمه ردهما)

اذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لانه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال ، وان أتلفه لم يغرمه وفيه اختلاف ذكر في البيع وهو مبني على جواز بيعه ، وان حبسه مدة لم يلزمه أجر لانه لا يجوز وان غصب خمر ذمي لزمه ردها لانه يقر على شربها فان أتلفها لم يلزمه قيمتها سواء أتلفه مسلم أو ذمي وسواء كان لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذمي فلا ضمان عليه وكذلك الخنزير وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الخمر والخنزير اذا أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة ان كان مسلماً بالقيمة وان كان ذمياً بالمثل لان عقد الذمة اذا عصم عينا قومها كنفس الذمي وقد عصم خمر الذمي بدليل ان المسلم يمنع من اتلافها فيجب أن يقومها ولانها مال لهم يتمولونها لما روي عن عمر رضي الله عنه ان عامله كتب اليه: ان أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمور فكتب اليه عمر ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها فاذا كانت مالا لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم

والصوف والشعر والمغزول من ذلك فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الاثمان والعنب والرطب والكمثرى يضمن بقيمته وظاهر كلام احمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إتلاف فعلى هذا ان كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد فان كانت من غير جنسه وجبت بكل حال وان كانت من جنسه فكانت وزونه وجبت قيمته وان كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لئلا يؤدي الى الربا، وقال القاضي ان كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلي وجب ارش كسره ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها بالاتلاف قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكالنقص وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب الي قال القاضي وهذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لا أنه على طريق الوجوب وهذا فيما اذا كانت الصناعة مباحة فان كانت محرمة كالاواني وحلي الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعاً فهي كالمعدومة .

ولنا ماروى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه وما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته كالميتة ولان مالم يكن مضمونا في حق المسلم لا يكون مضمونا في حق الذمي كالمرتد، ولانها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فان تحريمها ثبت في حقهما وخطاب النواهي يتوجه اليها فما ثبت في حق احدهما ثبت في حق الآخر ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقومها فان نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين وقولهم إنها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فانه مال عندهم، فاما حديث عمر فمحمول على أنه اراد ترك التعرض لهم وإنما أمر باخذ عشر أثمانها لانهم اذا تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم ننقضه وتسميتها أثماناً مجاز كما سمى الله تعالى ثمن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس)

(فصل) فان غصب من مسلم خمراً حرم ردها ووجبت إراقتها لان أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمراً فأمره بأراقتها، وان اتلفها او تلفت عنده لم يجب ضمانها لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ولان ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فان امسكها حتى صارت خلا لزمه ردها لانها صارت خلا على حكم ملكه فلزمه ردها فان تلفت ضمنها له لانها مال المغصوب منه تلف في يد الغاصب ، فان أراقها

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن غصب أرضا فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت تسليمها ومقدار نقصانها ان كان نقصها الغرس)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) انه يتصور غصب العقار من الاراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها هذا ظاهر مذهب احمد وهو المنصوص عن أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن وروى ابن منصور عن احمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة لارض وان كان شيئا من السماء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا انها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب وان اتلفها ضمنها بالاتلاف لانه لا يوجد فيها النقل والتحريم فلم يضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولأن الغصب اثبات اليد على المال عدوانا على وجه تزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار ولنا قول النبي ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» رواه البخاري عن عائشة وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ماضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبه مالو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما استولى على ماله فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولي

فجمعها انسان فتخللت عنده رد الخل لانه أخذها بعد اتلافها وزوال اليد عنها

(مسئلة) (وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين) بناء على طهارته بالدباغ فمن قال بطهارته أوجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه وان أتلفه او اتلف ميتة بجلدها لم يضمن لانه لا قيمة له بدليل انه لا يحل بيعه

(مسئلة) (وان دبغه وقلنا بطهارته يلزمه رده كالخمر اذا تخللت ويحتمل أن لا يجب رده) لانه صار مالا بفعله بخلاف الخمر وان قلنا لا يطهر لم يجب رده لانه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لانه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدباغ

(مسئلة) (وان استولى على حر لم يضمنه بذلك)

لا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر فانه لا يضمن بالغصب انما يضمن بالاتلاف فان حبس حراً فمات عنده لم يضمنه لانه ليس بمال إلا أن يكون صغيراً ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمنه لانه حر أشبه الكبير وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يضمنه لانه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه أشبه العبد الصغير، فان قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين (احدهما) لا يضمنه لانه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير (والثاني) يضمنه لانه استولى عليه أشبه ما لو كان منفرداً

(مسئلة) (وان استعمل الحر كرها فعليه أجرته (لانه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها

على داره وأما ماتلف من الارض بفعله أوسبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها وكشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغرسه أوبنائه فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء لأن هذا اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها باذنه أوغير اذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعي إن دخلها بغير اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أوظن أنها داره أودار أذن له في دخولها لأن يد الداخل ثبتت عليها ذلك فيصير غاصباً فان الغصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنهما لو تنازعا في الدار ولا بينة لهما حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها. ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها باذنه أو دخل صحراء ولانه انما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لاتثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب اذا كان بغير إذن

(الفصل الثاني) أنه اذا غرس في أرض غيره بغير اذنه او بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه او بنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه أبوداود والترمذي وقال حديث حسن وروى أبوداود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلا غرس في أرض رجل من

كمنافع العبد، وان حبسه مدة لمثلها أجرة ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لانه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد (والثاني) لا يلزمه أجر تلك المدة لانها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه اذا بليت عليه وأطرافه ولانها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا لو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجها واحدا لانه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لانها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويلزمه رد المغصوب ان قدر على رده وان غرم عليه اضعاف قيمته اذا كان باقياً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً جاداً ومن أخذ عصا أخيه فليردها » رواه أبو داود يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الغم والغيظ عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمته إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب اذا كان بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره

(فصل) فان غصب شيئاً فبعد لزم رده وان غرم عليه أضعاف قيمته لانه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه فان قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لانها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وان قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته

الانصار من بني بياضة فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بارضه وقضى للآخر أن ينزع نخله قال فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالفؤس وإنها لنخل عم(١) ولانه شغل ملك غيره بملكه الذي لاحرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشا وإذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الارض إلى ماكانت عليه لانه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته، وان أراد صاحب الارض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الارض أخذه كما لو وضع فيها أثاثا أوحيوانا وان طلب أخذه بقيمته وأبى مالكه الا القلع فله القلع لانه ملكه فملك نقله ولايجبر على أخذ القيمة لانها معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أوغيرها جاز لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه وان وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الارض ليتخلص من قلعه وقبله المالك جاز وان أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم وان لم يكن في قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله لان فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت ويحتمل أن لايجبر لأن فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب أرضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيه فالكل لمالك الارض فان طالبه المالك بقلعه وفي قلعه غرض اجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ماكانت، وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الغراس لما ذكرنا

(١) بضم العين أي طوال

اليه لم يملك الغاصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه كما لو أسقط عنه بعض دينه وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان اقرب الى المكان الذي يلزمه رده اليه أولا لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يلزمه ذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما

(مسئلة) (وان خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده) مثل أن يخلط حنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكباره أو زبيباً أسود باحمر لما ذكرنا وأجر المميز عليه كاجر رده اذا بعده وان أمكن تمييز بعضه وجب تمييز ما أمكن منه وان لم يمكن تميز شيء منه فسنذكره ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وان بنى عليه لزمه رده الا أن يكون قد بلي) اذا غصب شيئاً فشغله بملكه كحجر بنى عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فان بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يجب رده ووجبت قيمته لانه صار هالكا فوجبت قيمته كما لو تلف، وان كان باقياً بحاله لزمه رده وان انتقض البناء وتفصل الثوب وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجب اداء الخشبة والحجر لانه صار تابعاً لملكه يستضر بقلعه فلم يجب رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده

ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كالو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء

وإن لم يكن في قلعه غرض لم يجبر على قلعه لانه سفه فلا يجبر على السفه وقيل يجبر لان المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فان اراد الغاصب قلعه ومنعه الحاكم لم يملك قلعه لان الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير اذنه

(فصل) والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا أنه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقض غرض صحيح لان النقض سفه والاول اصح لما روى الخلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بنى في رباع قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بغير أذنهم فله النقض» ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض وأحجارها فليس للغاصب النقض على ماذكرنا في الغرس

(فصل) وان غصب دارا فجصصها وزوقها وطالبه ربها بازالته وفي ازالته غرض لزمه ازالته وارش نقصها ان نقصت وان لم يكن فيه غرض فوهبه الغاصب لمالكها أجبر على قبوله لان ذلك صفة في الدار فأشبه قصارة الثوب ويحتمل أن لا يجبر لانها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش وان طلب الغاصب قلعه ومنعه المالك وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وان

(مسألة) (وان سمر بالمسامير باباً لزمه قلعها وردها) لما ذكرنا من الحديث

(فصل) وان غصب فصيلا فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لايخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فان كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار ، وأما الخشبة فان كان كسرها اكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان اقل كسرت ويحتمل في الفصيل مثل هذا متى كان ذبحه اقل ضرراً ذبح وأخرج لحماً لانه في معنى الخشبة ، وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً وأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لان سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عليه ، ولو باع داراً فيها خوابي لا تخرج الا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله ، وإن كان اكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بان يشتريه مشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وان غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها على ماذكره، قال شيخنا ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب الا ان يكون الحيوان آدمياً ويفارق الخيط فانه في الغالب أقل قيمة من

لم يكن له قيمة ففيه وجهان (أحدهما) يملك قلعه لانه عين ماله (والثاني) لا يملك لانه سفه يضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وان بذل المالك له قيمته ليتركه

(فصل) وان غصب أرضاً وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه ؟ يحتمل وجهين ، وان منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وان أخذ تراب أرض فضرب به لبناء رده ولا شيء له الا أن يكون قد جعل فيه تبناً له فيكون له أن يحله ويأخذ تبنه وان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وان طالبه المالك بحله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين، وان جعله آجرا أوفخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لان ذلك سفه لا يفيد واتلاف للمال واضاعة له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال .

(فصل) وان غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لانه يضر بالارض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الارض وكذلك ان حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في

الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وضمان نقصها على صاحب الجوهرة لانه لتخليص ماله فان كان التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهرة لان التفريط من غيره فكان الضرر على المفرط .

(فصل) وان أدخلت رأسها في قمقم ولم يمكن اخراجه الا بذبحها أوكسر القمقم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت وان كان كسر القمقم أقل كسر، فان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه وان لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وان كسر القمقم لانه كسر لتخليص شاته واذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لأنه لتخليص ماله فان قال من عليه الضمان منهما أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وان قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم نمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء لانه لاحرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له اما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما أن تغرم القمقم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضررا لأن ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزم كلفتها، فان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن

ملك رجل بغير اذنه وان أراد الغاصب طمها فمنعه المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بان يسقط عنه ضمان مايقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريغه فله الرد لما فيه من الغرض وبهذا قال الشافعي، وان لم يكن لهغرض في طم البئر مثل أن يكون قدوضع التراب في ملك المغصوب منه وأبرأه المغصوب منه مما حفر واذن فيه لم يكن له طمها في أحدالوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم أراد جعلها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية،وقال بعضهم له طمها وهو الوجهالثاني لنالانه لا يبرأ من الضمان بابراء المالك لانه ابراء مما لم يجب بعد وهو أيضاً ابراء من حق غيره وهو الواقع فيها

ولنا أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي فاذا رضي صاحب الارض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا ابراء مما لم يجب وانما هو اسقاط التعدي برضائه به وهكذا ينبغي أن يكون اذا لم يتلفظ بالابراء ولكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك .

(الفصل الثالث) ان على الغاصب أجر الارض منذ غصبها الىوقت تسليمها وهكذا كل ما لهأجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع او تركها حتى ذهبت لانها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالاعيان، وان غصب ارضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه اجر

يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا ، واحتمل ان يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لانه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ، ويحتمل ان يكون كالمأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً أو كانت الجناية من صاحبه قتل لان حرمته معارضة بحرمة مال الآدمي الذي يتلف والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاعة المال،وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعة المال .

(فصل) وان غصب ديناراً فوقع في محبرته أو اخذ دينار غيره فسهى فوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الخشبة وكذلك ان كان درهما أو أقل وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لتخليص ماله،وان غصب ديناراً فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب أو بغير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها وان كان كسرها أكثرضرراً من تبقيته الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم يكسر،وان رمى انسان ديناره فيمحبرة غيره عدواناً فابى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميه فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل ان يجبر على كسرها لردعين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس فيارض غيره ملك حفر الارض بغير اذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه اكثر من قيمتها

(مسئلة) (وان زرع الارض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها)

الارض دون بنائها لانه انما غصب الارض والبناء له فلم يلزمه اجر ماله ، وان بناها بتراب منها وآلات للمغصوب منه فعليه اجرها مبنيه لان الدار كلها ملك للمغصوب منه وانما للغاصب فيها اثر الفعل فلا يكون في مقابلته اجر لانه وقع عدواناً،وان غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه اجر دار الى حين نقضها واجرها مهدومة من حين نقضها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب اجره مع تلفها، وان نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك وان بناها بآلتها او آلة من ترابها او ملك المغصوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقضها الى ان بناها واجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم مالو غصبها عرصة فبناها وان كان الغاصب باعها فبناها المشتري او نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف لكن للمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه فان رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ماتلف من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب بنقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف،وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر ؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري بشيء من الاجر الا بأجر مدة مقامها في يديه لان يده انما ثبتت عليها حينئذ .

إذاغصب أرضاً فزرعهاوردها بعد حصادالزرع فهو للغاصب لا نعلم فيه خلافاً لانه نماءماله وعليه أجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها لما نذكره فيما إذا غرسها أو بنى فيها

(مسئلة) (وان أدركها ربها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله وبين أخذه بعوضه وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين)

قوله أدركها والزرع قائم يعني استرجعها من الغاصب وقدر على أخذها منه متى أدركها ربها والزرع قائم لم يملك اجبار الغاصب على قلع الزرع وخير المالك بين أن يقر الزرع في الارض الى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجرة الارض وأرش نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون له الزرع وهذا قول أبي عبيد وقال اكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق »لانه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الغرس

ولنا ما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فيه دليل على أن الغاصب لايجبر على القلع لانه ملك المغصوب منه ولانه أمكن ردالمغصوب إلى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لوغصب سفينة فحمل فيها ماله وادخلها البحر أوغصب لوحا فرقع به سفينة فانه لايجبر على رد المغصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة للمال عن

(الفصل الرابع) ان على الغاصب ضمان نقص الارض ان كان نقصها الغرس او نقصت بغيره وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها اذا كان نقصا مستقراً كثوب تخرق وإناء تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فانه يردها وارش النقص لانه نقص حصل في يد الغاصب فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً قليلا أخذ ارشه وإن كان كثيراً فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه وأخذ ارشه ، وقد روي عن احمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد في الثوب إن شاء شق الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان هذه جناية اتلفت معظم منفعته فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه انه اذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وان شاء سلمها واخذ قيمتها ولعل مايحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي ينبني على ذلك لانه اتلف غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحجتهم انه اتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو اتلف جميعها

التلف كذا هذا، وفارق الشجر لان مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية ، وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وهو أولى من ابطال أحدهما. اذا ثبت هذا فتى رضي المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه أجر الارض فله ذلك لانه شغل المغصوب بماله فلك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار طعاماً يحتاج في نقله الى مدة وان أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان:

(إحداهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولان الزرع للغاصب الى حين انتزاعه منه بدليل أنه لو اخذه قبل انتزاع المالك كان ملكا له يأخذه فيكون أخذ المالك له تملكا له الان بعوضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع، فعلى هذا يجب على الغاصب أجر الارض الى حين تسليم الزرع لان الزرع كان محكوماً له به وقد شغل به أرض غيره

(والرواية الثانية) يرد على الغاصب ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث لقوله «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله فأشبه مالو غصب دجاجة فحضنت بيضاً له كان النماء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للاثر ولذلك جعلناه للغاصب اذا أخذت منه الارض بعد أخذه الزرع واذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله ويحتمل ان يكون الزرع للغاصب وعليه الاجرة كما اذا رجع المستعير

ولنا انها جناية على مال ارشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها جناية تنقص بها القيمة فأشبه مالو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف جميعها لان الاعتبار في الاتلاف بالمجنى عليه لا بغرض صاحبه لان هذا ان لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(فصل) وقدر الارش قدر نقص القيمة في جميع الاعيان وبهذا قال الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان عين الدابة تضمن بربع قيمتها فانه قال فى رواية ابي الحارث في رجل فقأ عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها قيل له فقأ العينين؟ فقال اذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمعت فيهما شيئا ، قيل له فان كان بعيراً او بقرة او شاة فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ننظر ما نقصها وهذا يدل على ان احمد انما اوجب مقدرا في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للاثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس، واحتج اصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب إلى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة انا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه اجمع

(فصل) فان كان مما تبقى أصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطبة احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي اشبه الحنطة والشعير واحتمل ان حكمه حكم الغرس لبقاء أصله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس وانما ترك فيما تقل مدته للاثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) فان غصب ارضا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد اخذ الغاصب ثمرتها فهي له فان ادركها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها نماء اصل محكوم به للغاصب فكان له كاغصانها وورقها ولبن الشاة ونسلها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادركها في الغراس لان احمد قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضا فغرسها فالنماء لمالك الارض قال القاضي وعليه من النفقة ما انفقه الغارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قائما فيها كالزرع قال شيخنا والاول اصح لان احمد قد صرح بان اخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للاثر فيختص الحكم به ولا يتعدى الى غيره، ولان الثمرة تفارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمرة نماء الشجر فكانت لصاحبه الثاني انه يرد عوض الزرع اذا اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما انفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمرة .

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لانه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه نمى وزاد فأشبه ما لو طالت اغصانه، ويرد الثمر ان كان باقيا وبدله ان تلف وان كان رطبا فصار تمراً اوعنبا فصار زبيباً فعليه رده وارش نقصه ان نقص ولا شيء له بعمله فيه ولا

رأينا أن قيمتها ربع الثمن وهذا إجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال أبو حنيفة إذا قلع عيني بهيمة تنتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب لصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن، وروي عن أحمد في المبدأ أنه يضمن في الغصب بما يضمن به في الجناية ففي يده لصف قيمته وفي موضحته لصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه ضمان لأبعاض العبد فكان مقدرا من قيمته كأرش الجناية . ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالثوب وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولانه لو فات الجميع لوجبت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه فان قول النبي صلى الله عليه وسلم أحق أن يحتج به ، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً ولو كان تقديراً لوجب في العين لصف القيمة كعين الآدمي، وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدول به عن القياس للالحاق بالجناية على الحر والواجب ههنا ضمان اليد ولا تثبت اليد على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقه بسائر الاموال المغصوبة، وقول أبي حنيفة ان هذا في بهيمة الانعام والدابة لا يصح لان هذا القول مبني على قول عمر وقول عمر انما هو في الدابة والدابة في العرف ما يعد للركوب دون بهيمة الانعام

اجرة عليه للشجر لان اجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولان نفع الشجر تربية الثمر واخراجه وقد عادت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت عنده وضمان لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن اوبارها واشعارها بمثله كالقطن، وفي ضمان زوائد الغصب المنفصلة اختلاف نذكره فيما يأتي

﴿ مسئلة ﴾ (وان غرس او بنى اخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الارض وارش نقصها واجرتها)
متى غرس في ارض غيره بغير اذنه او بنى فيها وطلب صاحب الارض قلع غراسه وبنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى ابو داود وابو عبيد في الحديث انه قال فلقد اخبرني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلا غرس في أرض رجل من الانصار من بني بياضة فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن ينزع نخله قال فلقد رأيتها يضرب في اصولها بالفؤس وانها لنخل عم ولانه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تفريغه كما لو جعل فيه قماشاً ، واذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الارض الى ما كانت عليه لانه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته

(فصل) وان غصب عبداً فجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية الواجب ارش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه اكثر الامرين من ارش النقص اودية ذلك العضو لان ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرها ودخل الآخر فيه فان الجناية واليد وجدا جميعاً، فان غصب عبداً يساوي الفاً فزادت قيمته فصار يساوي الفين ثم قطع يده فنقص الفاً لزمه الف ورد العبد لان سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص الفا وخمسمائة وقلنا الواجب مانقص فعليه الف وخمسمائة ورد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه الف ورد العبد فحسب وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسمائة ؟ على وجهين .

(فصل) وإن غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص في يده فان ضمن الجاني فله تضمينه نصف قيمته لا غير ولا يرجع على أحد لانه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب مازاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد ، وإن قلنا ان ضمان الغصب ضمان الجناية او لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئاً ، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا ان ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه ، وان قلنا ان ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لانها ارش جناية فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل) فان أراد صاحب الارض أخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الارض اخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أوحيوانا، وان طلب اخذه بقيمته وابى مالكه إلا القلع فله ذلك لانها ملكه فملك نقله ولا يجبر على اخذ القيمة لانه معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفقا على تعويضه عنه جاز لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه، وان وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الارض ليتخلص من قلعه فقبله المالك جاز وان ابى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله وان لم يكن فيه غرض صحيح احتمل ان يجبر على قبوله لان فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت ويحتمل ان لا يجبر لان فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب ارضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيها فالكل لمالك الارض فان طالبه المالك بقلعه وله في قلعه غرض أجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ما كانت وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الغراس لانه نقص حصل في يد الغاصب اشبه مالو غصب طعاماً فتلف بعضه وان لم يكن في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قلعه لانه سفه فلا يجبر عليه وقيل يجبر لان المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فان اراد الغاصب قلعه ومنعه المالك لم يملك قلعه لان الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه .

(فصل) وان غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو خصيه لزمته قيمته كلها ورد العبد نص عليه احمد وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري يخير المالك بين أن يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الاموال .

ولنا أن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ولان المضمون هو المفوت فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسع أصابع وبهذا ينفصل عما ذكروه فان الضمان في مقابلة المتلف لا في مقابلة الجملة ، فاما ان ذهب هذه الاعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما .

(فصل) وإن جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب لانه نقص في العبد الجاني لكون ارش الجناية يتعلق برقبته فكان مضموناً على الغاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد ،وإن جنى على سيده فجنايته مضمونة على الغاصب أيضاً لانها من جملة جناياته فكان مضموناً على الغاصب كالجناية على الاجنبي .

(فصل) اذا نقصت عين المغصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب جزءا مقدر البدل كعبد خصاه وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها

(فصل) والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا انه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقض غرض صحيح لان النقض سفه والاول اصح لما روى الخلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى في رباع قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بغير إذنهم فله النقض » ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض واحجارها فليس للغاصب النقض على ما ذكرنا في الغرس

(فصل) وان غصب أرضا فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طالبه المالك وكان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين وان منعه المالك فرشه أورده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها ، وان أخذ تراب أرض فضربه لبنا رده ولا شيء له الا ان يجعل فيه تبنا له فله ان يحله ويأخذ تبنه ،فان كان لايحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وسنذكره،وان طالبه المالك بحله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض فان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين فان جعله آجرا أو فخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لانه سفه واتلاف للمال واضاعة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال

فانه يجب ضمان النقص فيضمن نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجميع (الثاني) أن لا يكون مقدراً مثل ان غصب عبداً ذا سمن مفرط فخف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لان الشرع إنما أوجب في هذا مانقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء بخلاف الصورة الاولى فان الذاهب مقدر البدل فلم يسقط بدله (الثالث) أن يكون النقص في مقدر البدل لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كعصير أغلاه فذهبت مائيته وانعقدت اجزاؤه فنقصت عينه دون قيمته ففيه وجهان (أحدهما) لا شيء عليه سوى رده لان النار انما أذهبت مائيته التي يقصد ذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها كسمن العبد الذي ينقص قيمته (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البدل فأشبه الزيت اذا أغلاه وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل واحد منهما مضمون منفرداً فكذلك اذا اجتمعا وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه فصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم، وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة مالو فقأ عينيه وهل يجب في العصير ما نقص من القيمة أو يكون كالزيت؟ على وجهين

(فصل) وان غصب عبداً فسمن سمنا نقصت به قيمته أو كان شابا فصار شيخا أو كانت الجارية

(فصل) وعليه ضمان نقص الارض ان نقصت بالغرس والبناء وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كاناء تكسر وطعام سوس وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق لرجل ثوبا شقا قليلا أخذ أرشه وان كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه مع الارش وروي عن أحمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد إن شاء شق الثوب وان شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان الجناية أتلفت معظم نفعه فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له، وحكى أصحاب مالك عنه إذا جنى على عين فاتلف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها، ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي ينبني على ذلك لانه أتلف غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلفها

ولنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها جناية تنقص بها القيمة اشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة أتلف جميعها لان الاعتبار بالمجني عليه لا بغرض صاحبه لانه ان لم يصلح لصاحبه صلح لغيره. وعليه أجر الارض منذ غصبها الى وقت تسليمه وهكذا كل ماله أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تلفت تحت يده لانها

ناهداً فسقط ثدياها وجب ارش النقص لا نعلم فيه خلافاً،فان كان العبد أمرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً فأشبه الصناعة المحرمة ، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية الصور

(فصل) وان نقص المغصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده أو عفن وخشي تلفه فعليه ضمان نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه لا يضمن نقصه وقال القاضي لا يلزمه بدله لأنه لا يعلم قدر نقصه وكلما نقص شيئاً ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ ارش نقصه وقال أبو حنيفة يتخير بين امساكه ولا شيء له أو تسليمه الى الغاصب ويأخذ من قيمته لانه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز رديء ودرهم

ولنا أن عين ماله باقية وانما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فمرض،وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال لا يضمن ما نقص قولا واحداً ولا يضمن ما تولد منه لانه ليس من فعله،وهذا الفرق لا يصح لان البلل قد يكون من غير فعله أيضا وقد يكون العفن بسبب منه،ثم أن ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح لان هذا الطعام عين ماله وليس ببدل عنه وقول أبي الخطاب لا بأس به

تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالاعيان،وفيه اختلاف نذكره فيما يأتي ان شاء الله تعالى وان غصب أرضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الارض دون بنائها لانه إنما غصب الارض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله وان بناها بتراب منها وآلات المغصوب منه فعليه أجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمغصوب منه وانما للغاصب فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابلته أجر لانه وقع عدواناً .

(فصل) وان غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه أجر دار الى حين نقضها واجرها مهدومة من حين نقضها الى حين ردها لان البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه،وان نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم كذلك،وان بناها بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغصوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقضها الى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها،وان كان الغاصب باعها فبناها المشتري أو نقضها ثم بناها لم يختلف الحكم وللمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه.فان رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما أتلف من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر الضمان عليه،وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب في نقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر؟ على روايتين وليس له مطالبة

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الارض وعليه النفقة وان استحقت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليه أجرة الارض)

قوله فأدركها ربها يعني استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحقت يعني أخذها مستحقها فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فانه للغاصب لا نعلم فيه خلافا وذلك لانه نماء ماله وعليه الاجرة الى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كاراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضا لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه، فأما ان أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الارض الى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجر الارض وارش نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له وبهذا قال أبو عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه، والحكم فيه كالغرس سواء لقوله عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق» ولانه زرع في أرض غيره ظلما أشبه الغراس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه لانه ملك للمغصوب منه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعا

المشتري من الاجر إلا باجرة مدة مقامها في يديه لان يده إنما تثبت حينئذ

(مسئلة) (وان غصب لوحا فرقع به سفينة لم يقلع حتى ترسي اذا كانت السفينة يخاف غرقها بقلع اللوح لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل، وان كان في أعلاها لا تغرق بقلعه لزمه قلعه ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبدا فأبق وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وان كان فيها مال للغاصب أو لا مال فيها فكذلك أحد الوجهين والثاني يقلع في الحال لانه أمكن رد المغصوب فلزمه وان أفضى الى تلف مال الغاصب كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أنه امكن رد المغصوب من غير اتلاف فلم يجز مع الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء لانه لا يمكن ردها من غير اتلاف

(مسئلة) (وان غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته الا ان يكون الحيوان مأكولا للغاصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين) هذه المسئلة لا تخلو من ثلاثة اقسام (أحدها) ان يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب رده لانه يتضمن تفويت ذي حرمة أشبه مالو خاط به ثوبا (الثاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل اكله كالآدمي فان خيف من نزعه الهلاك او أبطأ برؤه فلا يجب لان الحيوان آكد حرمة

في أرض طهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع طهير » فقال انه ليس لطهير ولكنه لفلان قال « خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا عليه نفقته ولانه أمكن رد المغصوب الى مالكه من غير اتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سفينة فانه لا يجبر على رد المغصوب في اللجة وينتظر حتى ترمي صيانة للمال عن التلف كذا ههنا ولانه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الارض مستعارة أو مشفوعة، وفارق الشجر والنخل لان مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك اولى من ابطال احدهما . اذا ثبت هذا فمتى رضي المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه اجر الارض فله ذلك لانه شغل المغصوب بماله فملك صاحبه اخذ اجره كما لو ترك في الدار طعاما أو احجاراً يحتاج في نقله الى مدة، وان احب اخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع اخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان (احداهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو اتلفه ولأن الزرع للغاصب الى حين انتزاع المالك له منه بدليل انه لو اخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكا له ولو لم يكن ملكا له لما ملكه بأخذه فيكون اخذ المالك له تملكا له إلا أن بعوضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو اخذ الشقص المشفوع ويجب على الغاصب اجر الارض الى حين

من غير المال ولهذا جاز له اخذ مال غيره لحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبغل والحمار الأهلي (الثالث) ان يخيط به جرح حيوان مأكول فان كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع لان فيه اضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر وان كان للغاصب فقال القاضي يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقض البناء وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا (والثاني) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين قال شيخنا ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للأكل من الحيوان كبهيمة الانعام والدجاج وبين مالا يعد له كالخيل وما يقصد صوته من الطير فيجب ذبح الاول اذا توقف رد الخيط عليه ولا يجب ذبح الثاني لانه اتلاف له فجرى مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى امكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو بعض اعضائه او ضرر كثير وجب رده

(مسئلة) (فان مات الحيوان لزمه رده إلا أن يكون آدمياً معصوما لان غير الآدمي لاحرمة له بعد الموت وحرمة الآدمي باقية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام « كسر عظم الميت ككسره وهو حي » فعلى هذا يرد قيمته .

تسليم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شمل به ارض غيره (والرواية الثانية) انه يرد على الغاصب ما انفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان احمد انما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء عين ماله فأشبه مالو غصب دجاجة فحضنت بيضاً له أو طعاما فعلفه دواب له كان النماء له وقد صرح به احمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه للغاصب اذا استحقت الارض بعد اخذ الغاصب له واذا كان العمل بالحديث فيجب ان يتبع مدلوله

(فصل) فان كان الزرع مما يبقى اصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطبة والنعناع احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي فأشبه الحنطة والشعير واحتمل ان يكون حكمه حكم الغرس لبقاء اصوله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي ان يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس وإنما ترك فيما تقل مدته للاثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) وان غصب ارضاً فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد اخذ الغاصب ثمرتها فهي له وان ادركها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجره فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها نماء اصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادركها في الغراس لان احمد

(مسئلة) (وان غصب جارحاً فصاد او شبكة او شركاً فامسك شيئاً او فرساً فصاد عليه او او غنم فهو لمالكه) كما لو غصب عبداً فصاد فان الصيد لسيد العبد ويحتمل انه للغاصب لان الصائد والجارحة آلة ولهذا اكتفى بتسميته عند ارسال الجارح وفيما إذا غصب فرساً او سهما او شبكة فصاد به وجه آخر انه للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبه مالو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فعليه اجرة ذلك كله مدة مقامه في يده ان كان له اجر وان قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان منافعه في هذه المدة عادة إلى المالك فلم يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض انسان فاخذ المالك الزرع بنفقته والثاني عليه أجر المثل لانه استوفى منافعه أشبه مالو لم يصد، ولو غصب عبدا فصاد أو كسب فالكسب للسيد وفي وجوب أجرة العبد على الغاصب في مدة كسبه وصيده الوجهان وإن غصب منجلا فقطع به خشبا أو حشيشا فهو للغاصب لان هذه آلة فهو كالحبل يربط به .

(مسئلة) (وان غصب ثوبا فقصره أوغزلا فنسجه أوفضة أو حديدا فضربه أو خشبا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرش نقصه)

ولا شيء له هذا ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل ينقطع حق صاحبها هنا الا ان الغاصب لايجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف

قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضاً فغرسها فالنماء لمالك الارض قال القاضي وعليه من النفقة ما انفقه الغارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قائماً فيها كالزرع، والاول اصح لان احمد قد صرح بأن اخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للاثر فيختص الحكم به ولا يعدى الى غيره ولان الثمرة تفارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمر نماء الشجر فكان لصاحبه (الثاني) انه يرد عوض الزرع الذي اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما انفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لأنه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه نمى وزاد فأشبه مالو طالت أغصانه، وعليه رد الثمر ان كان باقياً وان كان تالفاً فعليه بدله وان كان رطباً فصار تمراً أو عنباً فصار زبيباً فعليه رده وارش نقصه ان نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجرة لان أجرتها لاتجوز في العقود فكذلك في الغصب ولان نفع الشجر تربية الثمر واخراجه وقد عادت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله كالقطن

(فصل) واذا غصب أرضا فحكمها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يجز لغير مالكها دخولها لان ملك مالكها لم يزل عنها فلم يجز دخولها بغير اذنه كما لو كانت في يده قال أحمد في الضيعة تصير غيضة فيها سمك لا يصيد فيها أحد الا باذنهم وان كانت صحراء جاز

فيها كيف شاء وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا انه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة واحتجوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال «ان هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» قالوا نعم يارسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أطعموها الاسرى » رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على ان حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم

ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولانه لوفعله بملكه لم يزل عنه فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب النقرة دراهم ولانه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزله إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه وأما الخبر فليس بمعروف كمارووه في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها. إذا ثبت هذا فانه لا شيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وعنه يكون شريكا بالزيادة ذكرها أبو الخطاب لانها حصلت بمنافعه والمنافع أجريت مجرى الاعيان أشبه مالو غصب ثوباً فصبغه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لان الغاصب عمل

الدخول فيها ورعي حشيشها قال أحمد لا بأس برعي الكلأ في الارض المغصوبة وذلك لان الكلأ لا يملك بملك الارض، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لها عليها ونقل عنه المروذي في رجل والداه في دار طوابيقها غصب لا يدخل على والديه وذلك لان دخوله عليهما تصرف في الطوابيق المغصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له اخوة في أرض غصب يزورهم ويراودهم على الخروج فان أجابوه والا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف اخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم، ونقل المروذي عنه أكره المشي على العبارة(١) التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشي عليها وربما كان المشي عليها يضر بها، وقال أحمد لا يدفن في الارض المغصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير اذنهم، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم رجع الى الموضع الذي أخذه منه فرده وروي عنه أنه قال: يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرما ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع القعود وقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق الا أن لا يجد غيره كانه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان اذا بنى داراً وجمع الناس اليها أكره الشراء منها وهذا ان شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الاعانة على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صحت الصلاة في الدار المغصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى، وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والغاصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته انما قال هذا احتياطا خوف

(١) بتشديد الباء

في ملك غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه فأما صبغ الثوب فان الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لانه اذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى فان احتج بان من زرع في أرض غيره ترد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لانه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فاذا أخذه مالك الارض احتسب بما انفق على ملكه وفي مسئلتنا عمله في ملك المغصوب منه بغير إذنه فكان لاغياً على اننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على احدى الروايتين وقال أبو بكر يملكه وعليه قيمته لما روى محمد بن الحكم ووجهه كما ذكرنا والصحيح الاول

(فصل) فان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وان نقصت العين والقيمة ضمنهما معاً كالزيت إذا أغلاه وهكذا القول في كل ما تصرف فيه كنقرة ضربها دراهم أوحلياً أوطيناً جعله لبناً أو غزلا نسجه أو ثوبا قصره لانه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو أتلف بعضه وان جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل ان سمر الدفوف بمسامير فله قلعها ويضمن ما نقصت الدفوف، وان كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو مال المغصوب منه فلا شيء للغاصب وليس له قلعها الا ان يأمره

التبعة من الغاصب الاول لانه ربما طالب بها وادعاها ملكا باليد وإلا فالواجب ردها على مالكها وقد صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلا الفا فجاء رجل الى المستودع فقال إن فلانا غصبني الالف الذي استودعكه وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

(مسئلة) قال (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد في بدنه أو بتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد وأخذ من الغاصب مائة)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة الا أن يطالب بردها زائدة فلا يردها لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها

ولنا أنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فانها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة ان لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها اذا طولب برد العين وهي موجودة فلم يردها وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لانها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال

المالك فيلزمه ، وان كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك لم يجبر على قبولها في أقوى الوجهين وان استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالاجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو فعل ذلك بنفسه وللمالك تضمين النقص من شاء منهما فان غرم الغاصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم الاجير الحال وان ضمن الاجير رجع على الغاصب لانه أتلف مال غيره بغير إذنه عالما بالحال ، وإن ضمن الغاصب رجع على الاجير لان النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن استعان بمن فعل ذلك فهو كالاجير .

(مسئلة) (وان غصب أرضاً فحفر فيها بئرا ووضع ترابها في أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين)

اذا طمه المالك بطمها لزمه لانه يضر بالارض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الارض وكذلك لو حفر فيها نهرا أو حفر بئرا في ملك رجل بغير اذنه، وان أراد الغاصب طمها فمنعه المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريغه فله ذلك لما فيه من الغرض وبه قال الشافعي وان لم يكن له غرض مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب وأبرأه من ضمان ما يتلف بها لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم

الغصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له أيضا لانها تابعة للعين ، فأما ان غصب العين سمينة او ذات صناعة او تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا نعلم فيه خلافا لأنها نقصت عن حال غصبها نقصا اثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو اذهب عضوا من اعضائها

(فصل) اذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها الفا ثم تعلمت صناعة فبلغت الفين ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها الى مائة ردها ورد الفا وتسعمائة وان بلغت بالسمن الفا ثم هزلت فبلغت مائة ثم تعلمت فبلغت الفاً ثم نسيت فعادت الى مائة ردها ورد الفاً وثمانمائة لانها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة، وان سمنت فبلغت الفاً ثم هزلت فعادت الى مائة ثم تعلمت فعادت الى الف ردها وتسعمائة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة اخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الانسان بملكه ، واما اذا بلغت بالسمن الفاً ثم هزلت فعادت الى مائة ثم سمنت فعادت الى الف ففيه وجهان (أحدهما) يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين فان ملك الانسان لا ينجبر بملكه لان الزيادة الثانية غير الاولى فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت الى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والوجه الثاني) انه اذا ردها سمينة فلا شيء عليه لانه عاد ماذهب فأشبه مالو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم تعلمتها او أبق العبد ثم عاد ، وفارق ما إذا زادت من جهة اخرى فانه لم يعد ما ذهب وهذا

أراد ردها نفرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لنا لانه لا يبرأ من الضمان بابراء المالك لكونه ابراء مما لم يجب بعد وهو أيضاً إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها

ولنا أن الضمان انما يلزمه لوجود التعدي فاذا رضي صاحب الارض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا إبراء مما يجب انما هو اسقاط التعدي برضاه به وهكذا ينبغي أن يكون الحكم اذا لم يتلفظ بالابراء لكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك

﴿مسئلة﴾ (وان غصب حبا فزرعه أو نوى فصار غرساً أو بيضا فصار فراخا رده ولاشيء للغاصب لانه عين مال المغصوب منه ويتخرج أن يملكه الغاصب كما اذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه غيره بفعله فالتغير في البيضة أعظم فانه استحال بزوال اسمه ، فعلى هذا يتخرج أيضا أن يكون شريكا بالزيادة كالمسئلة الاولى

(فصل) وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخا فهما لمالكها ولا شيء للغاصب في علفها . قال أحمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم يردها وفراخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل وان غصب شاة فانزا عليها فحله فالولد لصاحب الشاة لانه من نمائها وان غصب فحلا فانزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجرة له لان النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل، وإن نقصه الضراب ضمنه وان نقص المغصوب لزمه ضمان نقصه بقيمته رقيقاً

الوجه اقيس لما ذكرنا من شواهده، فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت في السمن الاول او زادت عليه ضمن اكثر الزيادتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول يضمنهما جميعاً فأما ان زادت بالتعليم او الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيته فعادت القيمة الاولى لم يضمن النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد عاد ما ذهب وان تعلمت علماً آخر او صناعة اخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال ابو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين او من جنسين كالسمن والتعلم والاول اولى .

(فصل) وان مرض المغصوب ثم برأ أو ابيضت عينه ثم ذهب بياضها أو غصب جارية حسناء فسمنت سمناً نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المغصوب ناقصا بمرض او عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه ارش نقصه فان زال عيبه في يدي مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من ارشه لانه استقر ضمانه برد المغصوب وكذلك إن اخذ المغصوب دون ارشه ثم زال العيب قبل أخذ ارشه لم يسقط ضمانه لذلك

(فصل) زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها

كان أو غيره وبه قال الشافعي وعن احمد في العبد رواية أخرى أنه يضمن بما يضمن به في الاتلاف فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه ضمان لأبعاض العبد فكان مقدراً من قيمته كارش الجناية

ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالبهيمة وكنقص الثوب يحققه أن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولانه لو فات الجميع لوجبت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان وضمان الجناية على أطراف العبد معدول به عن القياس للالحاق بالجناية على الحر والواجب ههنا ضمان اليد وهي لا تثبت على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقه بسائر الاموال المغصوبة على أن في الجناية على العبد رواية أنه يضمن بما نقص فتتفق الروايتان والتفريع على الاول، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الامرين منهما لان سبب كل واحد منهما قد وجد، فأما ان كان النقص في الرقيق مما لا مقدر فيه كنقصه لكبر او مرض أو شجة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير لا نعلم فيه خلافاً فان كان العبد أمرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لايجب ضمانه لان الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً أشبه الصناعة المحرمة ،ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفة فيضمنه كبقية الصور

وثمرة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الغاصب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغصب إلا أن يطالب بها فيمتنع من ادائها لانها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم الغصب انه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لانه انبنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه.

ولنا انه مال المغصوب منه حصل في يده بالغصب فيضمنه بالتلف كالاصل وقولهم ان اثبات يده ليس من فعله لا يصح لانه بامساك الام تسبب الى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الام محظور.

(فصل) وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الاسعار نص عليه احمد وهو قول جمهور العلماء وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فيلزمه اذا ردها كالسمن.

ولنا انه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلانه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما اذا ردها فان القيمة لاتجب ويخالف السمن فانه من عين المغصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وههنا لم تذهب عين ولا صفة ولانه لاحق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وانما حقه في العين وهي باقية كلها كما كانت ولان الغاصب يضمن ماغصب والقيمة لاتدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فانها مغصوبة وقد ذهبت

﴿ مسئلة ﴾ (وان غصبه وجني عليه ضمنه بأكثر الامرين)

وجملة ذلك أنه اذا غصب عبداً وجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية يكون الواجب ارش الجناية كما لو جني عليه من غير غصب ونقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وان قلنا ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الامرين من ارش النقص أودية ذلك العضو لان سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فان الجناية واليد وجدا جميعاً فلو غصب وقيمته الف فزادت قيمته الى الفين ثم قطع يده فنقص الفا لزمه الف ورد العبد لان زيادة السوق اذا تلفت العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكانه بقطع يده فوت نصفه وان نقص الفاً وخمسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسمائة ويرد العبد وان قلنا ضمان الجناية فعليه الف ويرد العبد حسب وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسمائة ؟ على وجهين .

(مسئلة) (وان جنى عليه غير الغاصب فله تضمين الغاصب أكثر الامرين ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الغاصب مابقي من النقص)

اذا غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين من شاء منهما لان الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص

(فصل) ولو غصب شيئا فشقه نصفين وكان ثوبا ينقصه القطع رده وارش نقصه فان تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة التالف وارش النقص وان لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة التالف لا غير وان كانا باقيين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وان غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وارش نقصهما فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي واربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه الا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالنقص بتغير الاسعار ، والصحيح الاول لانه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمتـه وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه كالو فوت بصره أو سمعه أوعقله أوفك تركيب باب ونحوه

(فصل) وان غصب ثوبا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت ذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه ، فلو غصب ثوبا قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لان ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمتـه في الذمة خمسة فلا يعتبر ذلك بغلاء الثوب ولارخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة

في يده فان ضمن الجاني ضمنه نصف القيمة لا غير ولم يرجع على أحد لانه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة ان نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد وان قلنا ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئاً وان اختار تضمين الغاصب وقلنا ان ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه ، وان قلنا ان ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الامرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لانها أرش جنايته فلا يجب عليه أكثر منها

(مسئلة) (وان غصب عبداً فخصاه لزمه رده ورد قيمته)

اذا غصب عبداً فقطع خصييه أو يديه أو ذكره أو لسانه أوما تجب فيه الدية من الحر لزمه رده ورد قيمته كلهـا نص عليه وبه قال مالك والشافعي ، وقال الثوري وأبو حنيفة يخير المالك بين ان يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الاموال

ولنا ان المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المدبر ولان المضمون التالف فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسع أصابع ، وبهذا ينفصل عما ذكروه فان الضمان في مقابلة

مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن الا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها

(فصل) وان غصب ثوبا أوزلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبرة الثوب فعليه ارش نقصه وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وان اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معا الاجر وارش النقص سواء كان ذهاب الاجزاء بالاستعمال أو بغيره وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النشر فنقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص، وان كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه وجهان (أحدهما) يضمنهما معاً (والثاني) يجب أكثر الامرين من الاجر وارش النقص لان مالقص من الاجزاء في مقابلة الاجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الاجزاء، ويتخرج لنا مثل ذلك. ولنا أن كل واحد منهما ينفرد بالايجاب عن صاحبه فاذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم تلف والاجرة تجب في مقابلة مايفوت من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تفت الاجزاء وان لم يكن للمغصوب اجر كثوب غير مخيط فلا اجر على الغاصب وعليه ضمان نقصه لا غير

(فصل) اذا نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله ان يضمن من شاء منهما فان ضمن الغاصب ضمنه قيمته اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف لانه في ضمانه من حين

التالف لا في مقابلة الجملة، فان ذهبت هذه الاعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو ما نقص؟ على روايتين مضى ذكرهما، وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها من الخيل والبغال والحمير فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقأ عين دابة عليه ربع قيمتها قيل له فقأ العينين؟ قال إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمعت فيهما شيئاً قيل له فان كان بعيراً أو بقرة أو شاة؟ فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على ان احمد انما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للاثر الوارد فيه وما عداهذا يرجع الى القياس. واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة: انا كنا نزلها منزلة الآدمي الا أنه اجمع رأينا ان قيمتها ربع الثمن. وهذا اجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رءوس المسائل، وقال ابو حنيفة اذا قلع عيني بهيمة ينتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر أجمع رأينا على ان قيمتها ربع الثمن، والمذهب ان قدر الارش ما نقص من القيمة كسائر الاعيان فاما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج احمد وغيره بحديث عمر وتركوه واما قول عمر فمحمول على ان ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً

غصبه الى يوم تلف وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لان ماقبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كان له اجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقي على الغاصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وإذا غصب حنطة فطحنها أوشاة فذبحها وشواها أوحديدا فعمله سكاكين وأواني أوخشبة فنجرها بابا أو تابوتاً أو ثوبا فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وارش نقصه ان نقص ولاشيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الغاصب لايجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد مايدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبدالله بنحو من عشرين سنه، واحتجوا بماروي أن النبي ﷺ زار قوما من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال «إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» فقالوا نعم يارسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الانصار جيرانا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال النبي ﷺ «اطعموها الاسرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم. ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فاذا فعله بملك غيره

(مسئلة) (وإن نقصت قيمة العين لتغير الاسعار لم يضمن نص عليه) وهو قول جمهور العلماء، وحكي عن ابي ثور انه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فلزمه اذا ردها كالسمن وذكره ابن أبي موسى رواية عن احمد

ولنا انه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفه فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم انه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلانه وجبت قيمة العين اكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف مااذا ردها فان القيمة لاتجب ويخالف السمن فانه من عين المغصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وههنا لم تذهب عين ولا صفة ولانه لاحق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وانما حقه في العين وهي باقية كما كانت ولان الغاصب يضمن ماغصبه والقيمة لاتدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فانها مغصوبة وقد ذهبت

(مسئلة) وان نقصت القيمة لمرض اوغيره ثم عادت ببرئه لم يلزمه شيء الارده) إذا مرض المغصوب ثم برىء أو ابيضت عينه ثم زال بياضها اوغصب جارية حسناء فسمنت سمنا نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولاشيء عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه، وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيأ فان رد المغصوب ناقصاً بمرض اوعيب اوسمن مفرط أوحمل فعليه أرش نقصه فان زال عيبه في يد مالكه لم يلزمه رد ماأخذ لانه استقر ضمانه برد المغصوب وكذلك أن اخذ المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك

(مسئلة) وإن زادت القيمة لسمن اوغيره ثم نقصت ضمن الزيادة) اذا زادت قيمة المغصوب في يد

لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أوضرب النقرة دراهم ولانه لايزيل الملك إذاكان بغير فعل آدمي فلم يزله إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأما الخبر فليس بمعروف كما رووه وليس في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها، فاذا ثبت هذا فانه لاشيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وذكر أبو الخطاب ان الغاصب يشارك المالك بالزيادة لانها حصلت بمنافعه ومنافعه أجريت مجرى الاعيان فأشبه مالو غصب ثوباً فصبغه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الغاصب عمل في ملك غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه وسائر عمل الغاصب، فاما صبغ الثوب فان الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لانه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لايزول ملك غيره بعمله فيه أولى ،فان احتج بان من زرع في أرض غيره يرد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لانه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فاذا أخذه مالك الارض احتسب له بما انفق على ملكه وفي مسئلتنا عمله في ملك المغصوب منه بغير اذنه فكان لاغياً، على أننا نقول انما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين فاما ان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنهما معاً كالزيت إذا غلاه ، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله لبناً أو غزلا نسجه أو ثوباً قصره ،وان جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل ان سمر الرفوف بمسامير من

الغاصب لسمن أو تعلم صنعة مثل ما اذا غصب عبدا اوامة وقيمته مائة فزاد بتعليمه اوفي بدنه حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة لزمه رده ويأخذ من الغاصب مائة وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ومالك لايجب عليه عوض الزيادة الاان يطالب بردها زائدة فلا يردها لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها، وذكر ابن أبي موسى في الارشاد رواية أن المغصوب اذا زادت قيمته بسمن أو تعلم صنعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه اذارده بعينه

ولنا انها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولانها زادت على ملك المغصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب، وفارق زيادة السعر لانها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها اذا طولب برد العين وهي موجودة فلم يردها، واجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لانها صفة تتبع العين، واجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب لانها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له لأنها تابعة للعين، فاما ان غصب العين سمينة او ذات صناعة فهزلت أو نسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لانعلم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً اثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو ذهب بعض أعضائها

(فصل) اذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها الفا ثم تعلمت صناعة فبلغت الفين ثم هزلت ونسيت

عنده فله قلعها ويضمن مانقصت الرفوف وإن كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو مال المغصوب منه فلاشيء للغاصب وليس له قلعها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت المسامير للغاصب فوهبها المالك فهل يجبر على قبول الهبة ؟ على وجهين، وإن استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالأجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن للمالك أن يضمن النقص من شاء منهما فلو استأجر قصاباً فذبح شاة فللمالك أخذها وارش نقصها ويغرم من شاء منهما فان غرم الغاصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم القصاب الحال وان ضمن القصاب رجع على الغاصب لانه غره وإن علم القصاب أنها مغصوبة فغرمه لم يرجع على أحد لانه أتلف مال غيره بغير اذنه عالما بالحال وإن ضمن الغاصب رجع على القصاب لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

(فصل) وان غصب حباً فزرعه فصار زرعا أو نوى فصار شجراً أو بيضا فحضنه فصار فرخاً فهو للمغصوب منه لانه عين ماله نمى فأشبه ما تقدم، ويتخرج ان يملكه الغاصب بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق، وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فهم لمالكها ولاشيء للغاصب في علفها قال احمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم برد فروخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل، وان غصب شاة فأنزى عليها فحلا فالولد لصاحب الشاة لانه من نمائها وان غصب فحلا فانزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجرة له لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل وإن نقصه الضراب ضمن نقصه

فعادت الى مائة ردها ورد الفا وثمانمائة لانها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة وإن سمنت فبلغت الفا ثم هزلت فعادت الى مائة ثم تعلمت فعادت الى الف ردها وتسعمائة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة اخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الانسان بملكه

(مسئلة) (فان عاد مثل الزيادة الاولى من جنسها مثل ان كانت قيمتها مائة فسمنت فبلغت الفا ثم هزلت فعادت الى مائة ثم سمنت فعادت الى الف ففيه وجهان) (احدهما) يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين لان الزيادة الثانية غير الاولى، فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت الى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والثاني) اذا ردها سمينة فلا شيء عليه لان ماذهب عاد فهي كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فعادت القيمة أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق عبد ثم عاد وفارق ما اذا زادت من جهة أخرى لانه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من الشواهد فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت بالسمن الاول أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل فيها الاخرى وعلى الوجه الاول يضمنها جميعا، فأما ان زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيته فعادت القيمة الاولى لم يضمن النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد

(فصل) وان غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميزا صارا شريكين وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب وعليه غرامة مثلها لهما وان خلطها بمثلها من ماله ملكها لانه تعذر تسليمها بعينها فأشبه مالو تلفت .

ولنا أنه فعل في المغصوب على وجه التعدي لم يذهب بماليته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة.

(فصل) وان غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيده وإن غصب جارحا كالفهد والبازي فصاد به فالصيد لمالكه لانه من كسب ماله فأشبه صيد العبد ويحتمل أنه للغاصب لانه الصائد والجارحة آلة له ولهذا يكتفى بتسميته عند ارساله الجارح، وان غصب قوساً أو سهما أو شبكة فصاد به ففيه وجهان (أحدهما) أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة لانه حاصل به فأشبه نماء ملكه وكسب عبده (والثاني) للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبه مالو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان الاجر في مقابلة منافعه ومنافعه في هذه المدة عائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضا على غيره كما لو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بنفقته والثاني عليه أجر مثله لانه استوفى منافعه أشبه مالو لم يصد شيئاً

عاد ماذهب، وان تعلمت علما آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والاول أولى

﴿مسئلة﴾ (وان كانت من غير جنس الاولى لم يسقط ضمانها) وقد ذكرناه في المسئلة قبلها

﴿مسئلة﴾ (وان غصب عبداً مفرطاً في السمن فهزل فزادت قيمته أو لم ينقص رده ولا شيء عليه) لان الشرع انما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء

(فصل) فان نقصت عين المغصوب دون قيمته لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب مقدر البدل كعبد خصاه وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فانه يجب ضمان النقص فيضمن العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزم ما يقدر به كما لو اذهب الكل (الثاني) أن لا يكون مقدرا كهزال العبد اذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه (الثالث) ان يكون النقص مقدر البدل لكن الذاهب منه اجزاء غير مقصودة كعصير اغلاه فذهبت مائيته وانعقدت اجزاؤه فنقصت عينه دون قيمته فلا شيء فيه في أحد الوجهين سوى رده لان النار انما اذهبت مائيته التي يقصد اذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته اذا ذهب (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البدل فأشبه الزيت اذا اغلاه. وان نقصت العين والقيمة جميعا وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعا لان كل واحد منهما مضمونا منفردا فكذلك اذا اجتمعا

﴿مسئلة﴾ قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها)

وجملة ذلك أن الغاصب اذا وطيء الجارية المغصوبة فهو زان لانها ليست زوجة له ولا ملك يمين فان كان عالما بالتحريم فعليه حد الزنا لانه لا ملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي. ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولانه حق يجب للسيد مع اكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعها والخبر محمول على الحرة، ويجب ارش بكارتها لانه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لان مهر البكر يدخل فيه ارش البكارة ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة، وان حملت فالولد مملوك لسيدها لانه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطيء لانه من زنا فان وضعته حيا وجب رده معها وان أسقطته ميتاً لم يضمن لانا لا نعلم حياته قبل هذا (١) هذا قول القاضي وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضى أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربته وما ضمن بالاتلاف ضمنه الغاصب بالتلف في يده كاجر العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بعشر قيمة أمه لانه الذي يضمنه به بالجناية فيضمنه به في التلف كالاجزاء، وان

(١) من هنا الى قوله وان وضعته حياً — زيادة من بعض النسخ

وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم وان كان قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيبه لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه

(مسئلة) (وان نقص المغصوب نقصا غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت وخشي فسادها فعليه ضمان نقصه) وقال القاضي عليه بدله لانه لا يعلم قدر نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه يضمن نقصه وكلما نقص شيء ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ ارش نقصه وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح، وقال أبو حنيفة يتخير بين أخذه ولا شيء له أو تسليمه الى الغاصب ويأخذ قيمته لانه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزا جيدا بقفيز رديء

ولنا أن عين ماله باقية وانما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبداً فرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال يضمن ما نقص قولا واحدا ولا يضمن ما تولد فيه لانه ليس من فعله وهذا الفرق لا يصح لان البلل قد يكون من غير فعله أيضا وقد يكون العفن بسبب منه ثم ان ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق، وقول أبي حنيفة لا يصح

وضعته حيا حصل مضموناً في يد الغاصب كالأم فان مات بعد ذلك ضمنه بقيمته وان نقصت الام بالولادة ضمن نقصها ولم ينجبر بالولد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ينجبر نقصها بولدها

ولنا أن ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه، وان ضرب بطنها اجنبي ففيه مثل ذلك، وللمالك تضمين أيهما شاء فان ضمن الغاصب رجع على الضارب وان ضمن الضارب لم يرجع على أحد لان الاتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك ارش بكارتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء في هذه الاحكام كلها حالة الاكراه أو المطاوعة لانها حقوق لسيدها فلا تسقط بمطاوعتها وأما حقوق الله تعالى كالحد عليها والتعزير في موضع يجب فان كانت مطاوعة على الوطء عالمة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والاثم والا فلا

(فصل) وان كان الغاصب جاهلا بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لان الحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وارش البكارة، وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لموضع الشبهة وإن وضعته ميتا لم يضمنه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وانما وجب تقويمه لاجل

لان الطعام عين ماله وليس ببدل عنه وقال شيخنا: وقول أبي الخطاب لا بأس به والله أعلم

(مسئلة) (وان جنى المغصوب فعليه ارش جنايته سواء جنى على سيده أو غيره)

اذا جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب لانه نقص في العبد الجاني لكون الجناية تتعلق برقبته فكان مضمونا على الغاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد وكذلك ان جنى على سيده لانها من جملة جناياته فكان مضمونا كالجناية على الاجنبي

(فصل) ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده، وان جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت، وان عفي عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الامرين من قيمته او ارش اليد، فان زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارش الجناية بها لانها كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببدله كما أن الرهن اذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الرهن بها، فاذا اخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغاصب بقيمته مرة أخرى لان القيمة التي أخذها استحقت بسبب كان في يد الغاصب فكان من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته ثم ان المودع قتله بعدها

الحيلولة وان وضعته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولايمكن تقويمه حملا فقوم عليه اول حال انفصاله لانه اول حال امكان تقويمه ولان ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة عبد اوامة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه لايرث الضارب منها شيئاً لانه اتلف جنيناً حراً وعليه للسيد عشر قيمة امه لان الاسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المماليك ولهذا لووضعته حياً فومناه مملوكا، وان كان الضارب اجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه وعلى الغاصب للسيد عشر قيمة امه لانه يضمنه ضمان المماليك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها على مامضى اذا كانا عالمين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كان الغاصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب)

وجملة ذلك أن الغاصب اذا باع الجارية فبيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بغير اذنه، وفيه رواية أخرى انه يصح ويقف على اجازة المالك وقد ذكرنا ذلك في البيع ، وفيه رواية ثالثة ان البيع يصح

فعليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فاذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى العبد في يد سيده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منهما لان الجناية كانت في يده وكان للمجني عليه أولا أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه، وان مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لانه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولا أن يأخذه لما ذكرنا

(مسئلة) (وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر) لانه اذا جنى على أجنبي وجب ارشه على الغاصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدرا

(مسئلة) (ويضمن زوائد الغصب كالولد والثمرة اذا تلفت أو نقصت كالاصل سواء كان منفرداً أو مع أصله مثل ثمرة الشجر وولد الحيوان)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغصب الا أن يطالب بها فيمنع من أدائها لانها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم ، بثبوت يده على هذه الزوائد واثبات يده على الام محظور لا يصح لانه بامساك الام تسبب الى اثبات يده

وينفذ لان الغصب في الظاهر تتطاول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى الى الضرر بالمالك والمشتري لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الرواية الاولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فانه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية الى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لان الغاصب أخذها بغير حق وقد قال النبي ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) وللمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر ولان مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لانه وطىء جارية غيره بغير نكاح وعليه ارش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لاعتقاده انه يطأ مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لانه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الاصحاب وقد نقل ابن منصور عن احمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لأنهم كانوا في حال العلوق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولا لأبي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم ببدلهم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المغصوبة لا يضمنه عنده إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضي أنه يحدث مضموناً فيقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن

(مسئلة) (فان خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خلط حنطة أو زيتا بمثله لزمه مثله منه في أحد الوجهين وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء)

اذا خلط المغصوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أودنانير بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه لا نص على ان يكون شريكاله اذا خلطه بغير جنسه فيكون تنبيها على ما اذا خلطه بجنسه وهو قول بعض الشافعية الا في الدقيق فانه تجب قيمته لانه عندهم ليس بمثلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الغاصب لانه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط أشبه مالو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل الى المثل في الجميع كما لو غصب صاعا فتلف بعضه وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره

(مسئلة) (وان خلطه بدونه أوخير منه أوبغير جنسه فله مثله في قياس التي قبلها)

وظاهر كلام أحمد أنهما شريكان بقدر ملكيهما فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك أنا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما بدل عين ماله، وان نقص المغصوب عن قيمته منفردا فعلى الغاصب

تقويمه واختلف أصحابنا فيما يفديهم به فنقل الخرقي ههنا أن يفديهم بمثلهم والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورية والانوثية وقد نص عليه احمد، وقال أبو بكر عبد العزيز يفديهم بمثلهم في القيمة ، وعن احمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته وقد ذكرنا وجه هذه الاقوال في غير هذا الموضع . وقول الخرقي رجع بذلك كله على الغاصب يعني بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه فاما الجارية إذا ردها لم يرجع ببدلها لانها ملك المغصوب منه رجعت اليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه ، وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة فعليه أجرها، وإن اغتصبها بكراً فعليه ارش بكارتها وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه ارش نقصها، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها. وكل ضمان يجب على المشتري فللمغصوب منه ان يرجع به على من شاء منهما لأن يد الغاصب سبب يد المشتري ، وما وجب على الغاصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فانه يرجع به على الغاصب وحده لان ذلك كان قبل يد المشتري، فاذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الغاصب نظرت فان كان المشتري حين الشراء علم أنها غير مغصوبة لم يرجع بشيء لان موجب الضمان وجد في يده

ضمان النقص لانه حصل بفعله ، وقال القاضي قياس المذهب أن يلزم الغاصب مثله لانه صار بالخلط مستهلكا ولذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كبعض الغرماء لانه تعذر عليه الوصول الى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب . أما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك أخذ حقه من المثليات متميزاً فلزمه مثله كما لو أتلفه .

(فصل) الا أنه إذا خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لانه اوصل اليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي ، وان خلطه بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله لانه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على عين ماله، وان بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه ان كان دون حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا لكونه يأخذ الزيادة في القدر عوضاً عن الجودة وان كان بالعكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء أو سمح الغاصب بدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لامقابل للزيادة وانما هي تبرع مجرد، وان خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذا كثر ن قدر حقه أو أقل جاز لانه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما

(فصل) وان خلطه بما لاقيمة له كزيت خلطه بماء أولبن شابه بماء فان أمكن تخليصه خلصه ورده

من غير تغرير، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لايرجع به وهو قيمتها إن تلفت في يده وارش بكارتها وبدل جزء من أجزائها لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به ، وضرب يرجع به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ولم يحصل من جهته اتلاف وانما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة ، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان (احداهما) يرجع به وهو قول الخرقي لانه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض فاذا غرم عوضه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي .

(والثانية) لايرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لأنه غرم مااستوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي وان رجع بذلك كله على الغاصب. فكل مالو رجع به على المشتري لايرجع به على الغاصب اذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشتري ، وكل مالو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري، ومتى ردها حاملا فماتت من الوضع فانها مضمونة على الواطيء لان التلف بسبب من جهته

(فصل) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لانها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة فان كانت حرة كان المهر لها وان كانت امة كان لسيدها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة

ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله لانه صار كالهالك وان كان يفسده رده ورد نقصه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الغاصب ذلك لانه سببه ولأصحاب الشافعي في هذه الفصول نحو ما ذكرنا .

(مسئلة) (وان غصب ثوباً فصبغه أو سويقاً فلته بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الغاصب فان نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن الغاصب النقص)

لانه بتعديه الا أن ينقص لتغير الاسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل

(مسئلة) (وان لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرة فهما شريكان)

لان الصبغ والزيت عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لهما جاز وان باعه فثمنه بينهما نصفين

(مسئلة) (وإن زادت قيمتهما مثل ان كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرين فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهي لصاحب الصبغ وان كانت لزيادتهما معاً فهي بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما) فان تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك، وان زادا بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المغصوب للمغصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الغاصب له

لا يجب المهر لانه وطء يتعلق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طاوعته . ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فاذا كان الواطيء من أهل الضمان في حقها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة،وأما المطاوعة فان كانت أمة وجب مهرها لانه حق لسيدها فلا يسقط برضاها وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لان رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته في قطع يدها أو اتلاف جزء منها،وروي عن احمد رواية اخرى أن الثيب لا مهر لها وان أكرهت نقلها ابن منصور وهو اختيار ابي بكر،والصحيح الاول لانها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبكر ويجب ارش البكارة مع المهر كما لو قدمنا

(فصل) إذا أجر الغاصب المغصوب فالاجارة باطلة على احدى الروايات كالبيع وللمالك تضمين ايهما شاء أجر مثلها فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد ، وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به،وإن تلفت العين في يد المستأجر فللمالك تغريم من شاء منهما قيمتها فان غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ماغرم،هذا إذا لم يعلم بالغصب وان علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان غرم الغاصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر عالماً بالغصب والا فلا وهذا قول الشافعي ومحمد

(مسئلة) (وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل أن يجبر اذا ضمن له الغاصب النقص)

اذا أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره ،ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين مالا يهلك قال شيخنا وينبغي ان ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفه وظاهر كلام الخرقي أنه لا يملك قلعه اذا تضرر به الثوب لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر،وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضراراً بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس لان الضرر قليل ويحصل به نفع قلع العروق من الارض وان اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان (أحدهما) يملك اجبار الغاصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وان استضر الغاصب كقلع الشجر وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الارض،وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول

ابن الحسن في الفصل كله، وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للغاصب دون صاحب الدار وهذا فاسد لان الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الاجزاء

(فصل) وإن أودع المغصوب أو وكل رجلا في بيعه ودفعه اليه فتلف في يده فللمالك تضمين أيهما شاء أما الغاصب فلانه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لاثباتهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق ، فان غرم الغاصب وكانا غير عالمين بالغصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وان غرمهما رجعا على الغاصب بما غرما من القيمة والاجر لأنهما دخلا على أن لا يضمنا شيئاً من ذلك ولم يحصل لهما بدل عما ضمنا وإن علما أنها مغصوبة استقر الضمان لان التلف حصل تحت أيديهما من غير تغرير بهما فاستقر الضمان عليهما فان غرما شيئاً لم يرجعا به وإن غرم الغاصب رجع عليهما لان التلف حصل في أيديهما، وإن جرحها الغاصب ثم أودعها أوردها الى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على الغاصب بكل حال لانه هو المتلف فكان الضمان عليه كما لو باشرها بالاتلاف في يده

(فصل) وإن أعار العين المغصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمتها فان غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد وإن غرم الغاصب رجع على المستعير وإن لم يكن علم بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، وهل يرجع بما غرم من

أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع ارضه في الحال بخلاف الصبغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجة في الارض ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين .

(فصل) وان بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشفوعة والعارية وفي الارض المغصوبة اذا لم يقلعه الغاصب ولانه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فاجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الغرس قيمة الارض لمالكها في هذه المواضع

(مسئلة) (وان وهب الغاصب الصبغ المالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين) (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه قال في الصداق اذا كان ثوبا فصبغته فبذلت له نصفه مصبوغا لزمه قبوله (والثاني) لا يجبر لانها أعيان متميزة فأشبهت الغراس ، وان أراد المالك بيع الثوب وأبي الغاصب فله بيعه لانه ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك

الاجر؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع لانه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فان ردها المستعير على الغاصب فللمالك أن يضمنه أيضاً لانه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره .

(فصل) وإن وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على المتهب فما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لان التلف حصل في يديه ولم يغره أحد وكذلك أجر مدة مقامه في يديه وارش نقص ان حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيهما شاء فان ضمن المتهب رجع على الواهب بقيمة العين والاجزاء لانه غره وقال أبو حنيفة أيهما ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بضمانه، فاما الاجرة والمهر وارش البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب؟ فيه وجهان ، وان ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب ؟ فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين (احداهما) بطلانها

على بيعه لانه منه فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه .

(مسألة) (وان غصب صبغاً فصبغ به ثوباً أو زيتاً فلت به سويقا احتمل أن يكون كذلك كما اذا غصب ثوباً فصبغه حكمه كحكمه اذا كان الثوب والسويق للغاصب لانه خلط المغصوب بماله ويحتمل ان يلزمه قيمته أو مثله ان كان مثلياً لان المغصوب الصبغ وقد تفرق في الثوب وتلف بخلاف المسألة المتقدمة .

(مسألة) (وان غصب ثوباً وصبغا فصبغه به رده وأرش نقصه ولا شيء في زيادته)

اذا غصب ثوبا وصبغاً من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتها ولم تنقص أو زادت القيمة ردها ولا شيء عليه وليس للغاصب شيء في الزيادة لانه انما له في الصبغ أثر لا عين وان نقص لزمه ضمان النقص لانه بتعديه إلا أن ينقص لتغير الاسعار

(فصل) وان غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فان كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان بقدر ماليهما وان زادت فالزيادة لهما وان نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لانه تبدد في الثوب ويرجع بها على الغاصب، وان نقص لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب وكان نقص كل واحد منهما من صاحبه، وان أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد

(والثانية) صحتها ووقوفها على اجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمية رواية انها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والاجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك فأما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً واما مالم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

(فصل) واذا غصب أثماناً فاتجر بها أو عروضاً فباعها واتجر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك قال الشريف وعن احمد انه يتصدق به، وان اشترى في ذمته ثم نقد الاثمان فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للغاصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب وهذا قياس قول الخرقي ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه لانه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الغاصب لانه نقص حصل في المغصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الغاصب فان

ذلك صاحب الثوب فالحكم فيه كما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه والحكم فيما اذا غصب سويقاً فلته بزيت أو عسلا ونشا فعقده حلواء حكم ما لو غصب ثوبا فصبغه على ماذكر فيه

(فصل) (وان وطيء الجارية فعليه الحد والمهر وأرش البكارة) اذا غصب جارية فوطئها فهو زان لانها ليست زوجته ولا ملك يمين وعليه حد الزنا ان كان عالما بالتحريم وعليه مهر مثلها مكرهة كانت أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البغي :

ولنا ان المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولانه حق للسيد يجب مع الاكراه فيجب مع المطاوعة كأجر منافعها والخبر محمول على الحرة، ويجب أرش بكارتها لانها بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لانه يدخل في مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة ووجه الاول ان كل واحد منهما يضمن منفرداً بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها واذا أفضاها باصبعه وجب أرش بكارتها فكذلك وجب ان يضمنهما اذا اجتمعا وعنه لا يلزمه مهر الثيب لانه لم ينقصها ولم يؤلمها أشبه مالو قبلها والاول أولى

(مسئلة) (وان ولدت فالولد رقيق للسيد لانه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطيء لانه من زنا وان وضعته حياً وجب رده معها كزوائد الغصب وان أسقطته ميتاً لم يضمن لانا لا نعلم

كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لانه متعد بالعمل ولم يغره أحد وإن لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملا بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد .

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة فان قدر عليه رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئاً يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فللمغصوب منه المطالبة ببدله فاذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للغاصب لا يلزمه ردها الا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيته بزيته

ولنا ان المغصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتالف ولانه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا اذا رد المغصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه

حياته قبل هذا هذا ،قول القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربة وما يضمن بالاتلاف يضمنه الغاصب إذا تلف في يده كأجرة الارض ، قال شيخنا والاولى ان شاء الله انه يضمنه بعشر قيمة أمه لانه الذي يضمنه به في الجناية وان وضعته حياً ثم مات ضمنه بقيمته

(مسئلة) (ويضمن نقص الولادة ولا ينجبر بزيادتها بالولد) وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة ينجبر نقصها بولدها .

ولنا ان ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة وان ضرب الغاصب بطنها فالقت الجنين ميتا فعليه عشر قيمة أمه وان فعله أجنبي ففيه مثل ذلك وللمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الضارب لان الاتلاف وجد منه ،وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها ،ولا فرق في هذه الاحوال بين المكرهة والمطاوعة لانها حقوق لسيدها ولا تسقط بمطاوعتها وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطاوعة،فاما حقوق الله تعالى من الحد والتعزير فان كانت مطاوعة عالمة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والا فلا

(فصل) فان كان الغاصب جاهلا بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئا ببادية بعيدة يخفى

الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً . اذا ثبت هذا فانه متى قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده ؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببدله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عداه (والثاني) له اجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الغاصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ماأخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لانها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لانها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادةالمبيع المردود بعيب وان كان البدل تالفاً رد مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(فصل) وان غصب عصيراً فصار خمراً فعليه مثل العصير لانه تلف في يديه فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع القيمة لان العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فانه يردها وارش نقصها

ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كمالو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشاً ، وأماالسمن الاول فلنا فيه منع وان سلمناه فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فاخذها ثم بان انها غيرها فلا حد عليه لان الحدود تدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لمكان الشبهة وان وضعته ميتا لم يضمنه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وانما وجب تقويمه لاجل الحيلولة وان وضعته حيا فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملا فقوم عليه عند انفصاله لانه أول حال امكان تقويمه ولانه وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت جنينا ميتا فعليه غرة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه لا يرث الضارب منها شيئا لانه أتلف جنينا حراً وعليه للسيد عشر قيمة أمه لان الاسقاط لما يعقب الضرب ينسب اليه لان الظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المماليك ولهذا لو وضعته حيا قومناه مملوكا، وان ضربه أجنبي فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه وعلى الغاصب عشر قيمة امه لانه يضمنه ضمان المماليك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها ان تلفت على ماذكرنا ان كانا عالمين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسئلة) (وان باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء نقصها ومهرها وأجرتها وقيمة ولدها ان تلف فان ضمن الغاصب رجع على الآخر ولا يرجع الآخر عليه)

(فصل) واذا غصب شيئاً ببلد فلقيه ببلد آخر فطالبه به لظرت فان كان أثماناً لزمه دفعها اليه لان الأثمان قيم الاشياء فلا يضر اختلاف قيمها وان كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمته في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر لزمه اداء مثله لانه لا ضرر عليه وكذلك ان كانت قيمته مختلفة الا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لانه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وان كان لحمله مؤنة وقيمته في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رده. ولا رد مثله لاننا لا نكلفه مؤنة النقل الى بلد لا يستحق تسليمه فيه والمغصوب منه الخيرة بين الصبر الى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمته في البلد الذي غصبه فيه لانه تعذر رده ورد مثله، وان كان من المتقومات فله المطالبة بقيمته في البلد الذي غصبه فيه ومتى قدر على رد العين المغصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسئلة قبل هذا.

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو غصبها حاملا فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته)

الكلام في هذه المسئلة في أمرين (أحدهما) انه اذا غصب حاملا من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون وكذلك لو غصب حائلا فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وبهذا قال الشافعي وقال

تصرف الغاصب في العين المضمونة فاسد لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى، فاذا باع الجارية المغصوبة أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين الغاصب لانه السبب في ايصالها الى المشتري وله تضمين المشتري والمتهب لانه المتلف ويستقر الضمان على المشتري لان كل واحد منهما غاصب لان الغصب الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق وقد وجد منهما ولان كل واحد منهما يلزمه ردها اذا كانت في يده لان يده عليها بغير حق وقد قال عليه الصلاة والسلام « على اليد ما اخذت حتى تؤدي» ويلزم المشتري كل ما يلزم الغاصب من النقص والمهر وغيره لانه غاصب وقد ذكرنا دليله في المسئلة قبلها الا أن المالك ان ضمن الغاصب رجع على المشتري والمتهب ولا يرجع الآخر على الغاصب بما ضمنه لانه المتلف فاستقر الضمان عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن لم يعلما بالغصب فضمنهما رجعا على الغاصب) إذا باع الغاصب الجارية فبيعه فاسد لما ذكرنا وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجازة المالك، وفيه رواية ثالثة أن البيع يصح لما نذكره والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فانه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لان الغاصب أخذها بغير حق والمشتري أخذ مال غيره بغير حق

أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في الصورتين لانه ليس بمغصوب اذ الغصب فعل محظور ولم يوجد فان الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لانه انبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه

ولنا أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرة في الصدفة والجوز واللوز ولانه مغصوب فيضمن كالأم فان الولد إما ان يكون مودوعا في الام كالدرة في الحقة واما ان يكون كأجزائها وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فان اسقطته ميتاً لم يضمنه لانه لا تعلم حياته ولكن يجب ما نقصت الام عن كونها حاملا وأما إذا حدث الحمل فقدسبق الكلام فيه (الامر الثاني) انه يلزمه رد الموجود من المغصوب وقيمة التالف فان كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب الى حين الرد ردها، وان كانت تختلف نظرنا فان كان اختلافها لمعنى فيه من كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص فالواجب القيمة أكثر ماكانت لانها مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى، فان كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لانه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك ، وإن كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة لانه لو ردها ناقصة للزمه ارش نقصها وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فان كان اختلافها لتغير الاسعار لم يضمن الزيادة لان نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين

أيضاً فيدخل في عموم قوله عليه السلام « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ويلزم المشتري المهر لأنه وطيء جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالغاصب ويلزم ذلك مع الجهل لان الاتلاف لا يعذر فيه بالجهل والنسيان

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ولدت منه فالولد حر) لانه اعتقد أنه يطأ مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه النسب وعليه فداؤهم لانه فوت رقهم على السيد باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لانهم كانوا في حال العلوق أحراراً ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولا لابي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بدلهم يوم الوضع وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المغصوب لا يضمنه عنده إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم تجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا عليه وقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن تقويمه

﴿مسئلة﴾ (ويفديه بمثله في صفاته تقريباً) هذا ظاهر قول الخرقي لانهم أحرار والحر لا يضمن بقيمته وقال أبو بكر يفديهم بمثلهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم حكاها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر

فلا يضمن عند تلفها، وحمل القاضي قول الخرقي على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي لان أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه فاذا تعذر ردها ضمنها كقيمة يوم التلف وانما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الاول لما ذكرنا، وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لانها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الاسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف رواه الجماعة عن احمد، وعنه أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه

ولنا أن القيمة انما تثبت في الذمة حين التلف لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكروه لا يصح لان امساك المغصوب غصب فانه فعل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلال جبن أحمد عنه كأنه رجع الى قوله الاول

(فصل) وان كان المغصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب

المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته كذلك هذا

﴿ مسئلة ﴾ (ويرجع بذلك على الغاصب) يعني بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وان يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه وأن كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع ببدلها لانها ملك المغصوب منه رجعت عليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »

﴿ مسئلة ﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها لمالكها كما يلزمه نقصها ولا يرجع بها على الغاصب إن كان مشتريا) لان المشتري دخل مع الغاصب على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن لان البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب كما لو وجد العين باقية فاخذها المالك فانه يرجع بالثمن، فأما المتهب فيرجع بالقيمة على الغاصب لانه دخل مع الغاصب على ان يسلم له العين فينبغي أن يرجع بما غرم من قيمتها على الغاصب كقيمة الاولاد

﴿مسئلة﴾ (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالاجرة والمهر وأرش البكارة لا يرجع به) وجملة ذلك أن المالك إذا رجع على المشتري فاراد المشتري الرجوع على الغاصب فهو على ثلاثة اضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وارش بكارتها، وفيه رواية اخرى انه يرجع به كالمهر وبدل جزء من اجزائها لانه دخل مع الغاصب على ان يكون ضامنا لذلك با لثمن فاذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع

الشافعي تجب قيمته يوم المحاكمة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم

ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتالف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها وإستيفاءها ويجب على الغاصب أداؤها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر داؤه فلم يكن واجبا كحالة المحاكمة، وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء لا ستحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا اعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ ،وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فتثبت قيمته يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمغصوب ملك للمغصوب منه والواجب رده لا قيمته وانما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما ان كان المغصوب باقيا وتعذر رده فأوجبنا ردقيمته فانه يطالبه بقيمته يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر

به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا ولم يحصل من جهته اتلاف وانما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها وفيه روايتان (احداهما) يرجع به وهو قول الخرقي لانه دخل العقد على ان يتلفه بغير عوض فاذا غرمه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة (والثانية) لا يرجع به وهو اختيار ابي بكر وقول ابي حنيفة لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل اجزائها وللشافعي قولان كالروايتين

(مسئلة)(فان ضمن الغاصب رجع على المشتري بما لا يرجع به عليه كما لو رجع به على المشتري لا يرجع به المشتري على الغاصب) اذا رجع به المالك على الغاصب رجع الغاصب به على المشتري وكل ما لو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري لان الضمان استقر على الغاصب فان ردها حاملا فماتت من الوضع فهي مضمونة على الواطيء لان التلف بسبب من جهته

(مسئلة) (فان ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته) إذا اشترى الجارية المغصوبة من لا يعلم بذلك فزوجها لغير عالم بالغصب فولدت من الزوج فهو مملوك لانه من زوائدها ونمائها فيكون مضمونا على من هو في يده بقيمته اذا تلف لانه مال وليس بمثلي، وهل يرجع بها على الغاصب؟ على روايتين على ماذكرنا فيما إذا ضمن المشتري ماحصل به نفع ووجه الروايتين ماسبق

(فصل) إذا وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على احد لانه غاصب

الى وقت امكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعي في رده وانما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة مقامه في يديه)

هذه المسألة تشتمل على حكمين (أحدهما) وجوب رد المغصوب (والثاني) رد أجرته: أما الاول فان المغصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبا جادا، ومن أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في ادخال الغم والغيظ عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه اعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب اذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره، فان غصب شيئاً فبعده لزم رده وان غرم عليه أضعاف قيمته لانه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فان قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لانها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وان قال المالك دعه في

ولم يغره احد وان لم يعلم فلصاحبه تضمين ايهما شاء ويرجع المتهب على الواهب بقيمة العين والاجر لانه غره وقال ابو حنيفة ايهما ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا ان المتهب دخل على ان يسلم له العين فيجب ان يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بها فأما الاجر والمهر وارش البكارة ففيه وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري

(مسئلة) (وإن اعارها فتلفت عند المستعير استقر ضمان قيمتها عليه وضمان الاجر على الغاصب)

فان ضمن المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على احد وان ضمن الغاصب رجع على المستعير وان لم يكن علم بالغصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على إنها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالاجر وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنافع غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع به لانه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم وكذلك الحكم فيما تلف من الاجزاء بالاستعمال اذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لم يضمنه ولم يستوف بدله فان ردها المستعير على الغاصب لم يسقط عنه الضمان لانه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه ويستقر الضمان على الغاصب ان حصل التلف في يده وكذلك الحكم في المودع

(مسئلة) (وان اشترى أرضاً فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرمه) ذكره القاضي في القسمة لانه ببيعه إياها غره وأوهمه أنها ملكه وكان ذلك سبباً

في مكانه الذي نقلته اليه لم يملك الغاصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه ذلك لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده اليه أو لم يكن لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما

(فصل) وان غصب شيئا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوه أو حجرا بنى عليه نظرنا فان بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يؤخذ برده ووجبت قيمته لانه صار هالكا فوجبت قيمته، وان كان باقيا بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل الثوب، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لانه صار تابعاً لملكه يستضر بقلعه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده

ولنا أنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فوجب كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء، وان خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة (أحدها) أن يخيط به جرح حيوان لاحرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب نزعه ورده لانه لا يتضمن تفويت ذي حرمة فأشبه ما لو خاط به ثوبا (والثاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي، فان خيف

في بنائه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها

(مسئلة) (وان أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه) لكونه أتلف مال غيره بغير اذنه عالما من غير تغرير وللمالك تضمين الغاصب لأنه حال بينه وبين ماله والآكل لانه أتلف مال غيره بغير إذنه وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكه فان ضمن الغاصب رجع على الآكل وان ضمن الآكل لم يرجع على أحد

(مسئلة) (وإن لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب) لاعترافه بان الضمان باق عليه وان لم يلزم الآكل شيء ولانه غر الآكل

(مسئلة) (وإن لم يقل ففي أيهما يستقر عليه الضمان؟ وجهان) أحدهما يستقر الضمان على الآكل وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن فلم يرجع به على أحد والثاني يستقر على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الخرقي وأيهما استقر عليه الضمان فغرم لم يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجع عليه

(مسئلة) (وإن أطعمه لمالكه ولم يعلم لم يبرأ نص عليه) إذا أطعم المغصوب لمالكه فأكله عالما أنه طعامه برىء الغاصب وإن لم يعلم وقال له كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وإن كانت له بينة بانه طعام المغصوب منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ

من نزعه الهلاك أو ابطاء برئه فلا يجب نزعه لان الحيوان آكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبغل والحمار الاهلي (الثالث) أن يخيط به جرح حيوان مأ كول فان كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع لان فيه اضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر، وان كان الحيوان للغاصب فقال القاضي لايجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز ، وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقص البناء لرد الحجر المغصوب ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للاكل من الحيوان كبهيمة الانعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لايعد له كالخيل والطير المقصود صوته فالاول يجب ذبحه اذا توقف رد المغصوب عليه (والثاني) لايجب لان ذبحه اتلاف له فجرى مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(فصل) وان غصب فصيلا فادخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقا لايخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فان

لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أوهدية فلم يعلم فقال كيف هذا ؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا فيأكل المالك طعامه بطريق الاولى لأنه ثم رد اليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم يعد إليه اليد والسلطان فانه لايتمكن من التصرف فيه بكل مايريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الغاصب كما لو علفه لدوابه ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فانه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين فكذلك ههنا وهذا مذهب أبي حنيفة

(فصل) وإن وهب المغصوب لمالكه أو أهداه اليه بريء في الصحيح لانه سلمه اليه تسليما تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الاثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهبة فاخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسئلتنا فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتياع وهو موجب للضمان وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان رهنه عند مالكه أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصارته أوخياطته ولم يعلم لم يبرأ من الضمان)

لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة ، وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه رده الى يده

كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار . وأما الخشبة فان كان كسرها أكثر ضررا من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فانه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمه لانه في معنى الخشبة ،وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وان زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره ولو باع داراً فيها خوابي لاتخرج الا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أوذبح الحيوان نقض وكان اصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله وان كان اكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بأن يشتريه مشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وإن غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة . فقال اصحابنا : حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب الا أن يكون الحيوان آدميا ، وفارق الخيط لانه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه ،وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن

وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فههنا أولى .

(مسألة) (وان أعاره إياه بريء علم أو لم يعلم)

لان العارية توجب الضمان على المستعير فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له

(مسألة) (وان اشترى عبداً فأعتقه فادعى رجل ان البائع غصبه فصدقه أحدهما لم يقبل على الآخر وان صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشتري ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم)

اذا أقام المدعي بينه بما أدعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشترى على البائع بالثمن وان صدقه البائع أو المشتري لم يقبل قول أحدهما على الآخر لانه لا يقبل اقراره في حق غيره وان صدقاه جميعاً لم يبطل العتق وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية حق يتعلق بها حق لله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق قبلت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفق عليه كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن

اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت اذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لانه لتخليص ماله الا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهرة لان التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وان أدخلت رأسها في قمقم فلم يمكن اخراجه الا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وان كان الضرر في كسر القمقم أقل كسر القمقم، وان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان التفريط من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وان لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة ان كسر القمقم لانه كسر لتخليص شاته، وان ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لانه لتخليص قمقمه فان قال من عليه الضمان منهما أنا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز اتلاف غيره، وان قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم نمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء لان القمقم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له إما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما ان تغرم القمقم لصاحبه اذا كان كسره أقل ضرراً وتخلصها لان ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كلفها، وان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا واحتمل أن يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لانه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل ان يجري مجرى المأكول في انه متى كان قتله أقل ضررا وكانت الجناية من صاحبه قتل لان حرمته

يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه فان ضمن البائع رجع على المشتري لانه أتلفه وان ضمن المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه وان مات العبد فخلف مالا فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له وانما لم يرد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثا فيأخذه وليس عليه ولاء لان أحداً لا يدعيه وان صدق المشتري البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الاقسام على ما نذكر في الفصل بعده.

(فصل) وان كان المشتري لم يعتقه وأقام المدعي بينة بما ادعاه انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بالثمن وكذلك إذا أقرا بذلك وان أقر أحدهما لم يقبل على الآخر فان كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعي لانه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع احلافه ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل الف من قرض وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد العبد الى البائع بفسخ أو غيره لزمه رده الى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه

معارضة لحرمة الآدمي الذي يتلف ماله والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاعة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعة للمال والله اعلم

(فصل) وان غصب ديناراً فوقع في محبرته أو أخذ دينار غيره فسهافوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجة وكذلك ان كان درهما او أقل منه، وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لانه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها ،وان كان كسرها أكثر ضررا من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر ،وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدوانا فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميه فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الارض بغير اذن المالك لاخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها

(فصل) وان غصب لوحا فرقع به سفينة فان كانت على الساحل لزم قلعه ورده وان كانت في لجة البحر واللوح فى أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه لزم قلعه وان خيف غرقها بقلعه لم يقلع حتى تخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً

وان كان اقرار البائع في مدة الخيار انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه وان كان المقر المشتري وحده لزمه رد العيب ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه وعليه دفعه اليه ان لم يكن قبضه فان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وان كان البائع المقر فأقام بينة فان كان في حال البيع قال بعتك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لانه يكذبها وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغيره، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجر بها الى نفسه نفعاً وان أنكراه جميعاً فله احلافهما قال احمد في رجل يجد سرقته عند إنسان بعينها قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ « من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه » رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة

(فصل) قال رضي الله عنه (وان أتلف المغصوب ضمنه بمثله ان كان مكيلا أو موزونا)

متى تلف المغصوب في يد الغاصب لزمه رد بدله لقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تعذر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فان كان المتلف مثلياً كالمكيل والموزون مكيلا أو موزوناً وجب المثل قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته ولان المثل أقرب اليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة

فأبق وقال ابو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وان كان فيها مال للغاصب اولا مال فيها ففيها وجهان (احدهما) لا يقلع (والثاني) يقلع في الحال لانه امكن رد المغصوب فلزم وان ادى الى تلف المال كرد الساحة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أنه أمكن رد المغصوب من غير اتلاف فلم يجز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساحة في البناء فانه لايمكن ردها من غير إتلاف

(فصل) وإذا غصب شيئاً فخلطه بما يمكن تمييزه منه كحنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكبار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييز ماأمكن وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

(احدها) أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام احمد لانه نص على أنه يكون شريكا به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فانه تجب قيمته لانه عندهم ليس بمثلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله ان شاء منه وإن شاء من غيره ، لانه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبه مالو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله .

كالنص والمعنى والقيمة ثابتة من طريق الظن والاجتهاد فقدم ما طريقه المشاهدة كالنص لما كان طريقه الادراك بالسماع كان أولى من القياس لان طريقه الظن والاجتهاد

(مسئلة) (وان أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه)

وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه لكان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي تجب قيمته يوم المحاكمة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم

ولنا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أداؤها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أداؤه فلم يكن واجبا كحالة المحاكمة وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه وعنه تلزمه قيمته يوم تلفه لان القيمة انما ثبتت في الذمة حين التلف لانه قبل التلف يجب رده فاذا تلف وجبت قيمته يوم تلفه كغير المثلي

(مسئلة) (وان لم يكن مثليا ضمنه قول باقي الجماعة)

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف نصفه ، وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام احمد أنهما شريكان يباع الجميع ويدفع الى كل واحد منهما قدر حقه لانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لانا إذا فعلنا ذلك أوصلنا الى كل واحد منهما عين ماله وإذا امكن الرجوع الى عين المال لم يرجع إلى البدل وإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً فعلى الغاصب ضمان النقص لانه حصل بفعله وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الغاصب مثله لانه صار بالخلط مستهلكا وكذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كأسوة الغرماء ولانه تعذر عليه الوصول الى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام احمد على ما اذا اختلطا من غير غصب فاما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثليات مميزاً فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لانه أوصل اليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بأدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله لانه أمكنه رد بعض المغصوب

وحكي عن العنبري أنه يجب في كل شيء مثله لما روت جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت صانعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به الى رسول الله ﷺ فأخذني الافكل فكسرت الاناء فقلت يارسول الله ما كفارة ما صنعت فقال « إناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام » رواه أبو داود وعن أنس ان احدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الاخرى فدفع النبي ﷺ قصعة الكاسرة الى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته رواه الترمذي بنحوه وقال حسن صحيح

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال « من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل » متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لانها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل والحديث محمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وعلم أنها ترضى به ولان هذه الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب اليها فكانت أولى ويكون ذلك يوم تلفه لما ذكرنا ويكون في بلده من نقده لانه موضع الضمان يعني يضمنه في البلد الذي غصبه فيه من نقده ، ويتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي عن أحمد لانه فوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوت عليه حين فوته وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبته ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ وهذا يدل على ان القيمة تعتبر يوم الغصب والاولى أولى . قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالكه

ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا لانه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الرديء أو سمح الغاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فان أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله لانه صار كالهالك وإن لم يفسده رده ورد نقصه وإن احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الغاصب ذلك لانه بسببه ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

(فصل) وإن غصب ثوبا فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يصبغه بصبغ له (الثاني) أن يصبغه بصبغ للمغصوب منه (الثالث) أن يصبغه بصبغ لغيرهما ، والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد

ملكه وحل له التصرف فيه فثبتت قيمته يوم ملكه ولم يعتبر ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمغصوب ملك المغصوب منه والواجب رده لا قيمته، وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما ان كان المغصوب باقياً وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته فانه يطالبه بها يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر الى وقت إمكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعي في رده وإنما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه لان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(فصل) وقد قال الخرقي فيمن غصب جارية حاملا فولدت في يديه ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته، فحمل القاضي قول الخرقي على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي ، فعلى هذا اذا تلف المغصوب لزم الغاصب قيمته أكثر ما كانت من يوم الغصب الى يوم التلف لان أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه فاذا تعذر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف ، وإنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الاسعار غير مضمونة على الغاصب وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكلام الخرقي محمول على ما إذا اختلفت القيمة لمعنى في المغصوب من كبر وصغر وسمن وهزال ونسيان ونحو ذلك فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قدرناه بدليل أنه لو رد العين ناقصة لزمه أرش نقصها

منها خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة فهما شريكان لان الصبغ عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لهما جاز وان باعاه قتسمه بينهما نصفين .

(الحال الثاني) اذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فان تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيهما وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زادا بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المغصوب للمغصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الغاصب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضمنه الغاصب لما تقدم، وان نقص لأجل العمل فهو على الغاصب لانه بتعديه فاذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كله لمالكه ولا شيء للغاصب لان النقص حصل بعدوانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسباعه ولصاحب الصبغ سبعاه، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبغ فصار يساوي ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة وإن ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها وان انعكس الحال فصار الثوب يساوي في السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ ههنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ لان زيادة السعر لا تضمن فان أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لانه عين ماله فلك أخذه كما لو غرس في أرض غيره ولم يفرق أصحابنا

وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها بخلاف زيادة القيمة لتغير الاسعار فانها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم انها انما سقطت مع رد العين لا يصح لانها لو وجبت ماسقطت بالرد كزيادة السمن قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بانها تضمن باكثر القيمتين لتغير الاسعار فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف وقد روي عن أحمد أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب إلا أن الخلال قال جبن أحمد عنه كأنه رجع الى القول الاول وقد ذكرناه

(مسئلة) (فان كان مصوغا أو تبراً تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه) متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلي النساء وجب ضمانه بقيمته لكن يقومه بغير جنسه فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لئلا يفضي ذلك الى الربا، وقال القاضي يجوز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصنعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرش ذلك ويخالف البيع لان الصنعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها في الاتلاف؟ قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة ربا كالبيع وكالنقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فان كانت الصناعة محرمة كالاواني وحلي الرجال المحرم

بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفه وظاهر كلام الخرقي أنه لا يمكن من قلعه اذا تضرر الثوب بقلعه لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضرارا بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس لان الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الارض. وان اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان (أحدهما) يملك اجبار الغاصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجره من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وان استضر الغاصب كقلع الشجر، وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الارض، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الارض، ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، وان بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله

لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجها واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعا

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان محلى بالنقدين معاً قومه بما شاء منهما)

للحاجة وأعطاه بقيمته عوضاً لئلا يفضي الى الربا ولا يمكن تقويمه إلا بأحدهما لانهما قيم الاموال فدعت الحاجة الى تقويمها بأحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكانت الخيرة اليه في تقويمه بما شاء منهما، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد النقدين انه لا يمكن تقويمه بكل واحد منهما منفرداً لعدم معرفة ما فيه منه ولان قيمة الحلية قد تنقص بالتحلية بها وقد تزيد ولا يمكن افرادها بالبيع ولا بغيره من التصرفات وإنما يقوم الحلى كالسيف بان يقال كم قيمة هذا؟ ولو بيع ما كان الثمن الا عوضاً له لان الحلية صارت صفة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفا بهذه الصفة كقيمته في بيعه والله أعلم.

(فصل) وقد ذكرنا ان ما تماثل أجزاؤه وتتقارب كالاثمان والحبوب والادهان يضمن بمثله وهذا لاخلاف فيه، فأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمنه بمثله أيضاً فانه قال في رواية حرب ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فظاهره وجوب المثل في كل مكيل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المغزول فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون

فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشفوعة والعارية وفي الارض المغصوبة اذا لم يقلعه الغاصب ولانه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الفراس قيمة الارض لمالكها في هذه المواضع ، وان وهب الغاصب الصبغ لمالك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه (الثاني) لا يجبر لان الصبغ عين يمكن افرادها فلم يجبر على قبولها وظاهر كلام الخرقي أنه يجبر لانه قال في الصداق اذا كان ثوبا فصبغه فبذلت له نصفه مصبوغا لزمه قبوله وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لانه ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لانه متعد فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه

(القسم الثاني) أن يغصب ثوباً وصبغاً من واحد فيصبغه به فان لم تزد قيمتهما ولم تنقص ردهما ولا شيء عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للغاصب ولانه انما له في الصبغ أثر لا عين وان نقصت بالصبغ فعلى الغاصب ضمان النقص لانه بتعديه وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه

(القسم الثالث) أن يغصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبغه به فان كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان

وذكر القاضي ان النقرة والسبيكة من الأثمان والعنب والرطب والكمثرى انما يضمن بقيمته، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل ان تضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها وفيه اتلاف

(مسئلة) (وان تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص وقيل لا يلزمه أرش النقص)

اذا غصب شيئين ينقصها التفريق كزوجي خف أو مصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصها فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم، فصارت قيمة الباقي بعد التلف درهمين رده وأربعة دراهم وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه الا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالنقص لتغير الاسعار .

ولنا أنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوبا فشقه ثم تلف أحد الشقين فانه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص ان نقص بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو امكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

بقدر مالهما وإن زادت فالزيادة لهما وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لانه تبدد في الثوب ويرجع به على الغاصب ، وان نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمهما حكم مالو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه ، وان غصب عسلا ونشاء وعقده حلواء فحكمه حكم مالو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه

(الحكم الثاني) انه متى كان للمغصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه احمد في رواية الاثرم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم عن احمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجترىء أن أقول عليه سكنى ما سكن ، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لان محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» وضمانها على الغاصب ولانه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا أن كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الاتلاف كالاعيان ولانه أتلف متقوما فوجب ضمانه كالاعيان أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين فاما الخبر فوارد في البيع

(فصل) وإن غصب ثوبا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته كما كانت مثل ان غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده وأرش نقصه لان ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمته ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمته عشرين لم يضمن إلا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزاد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها

(فصل) فان غصب ثوبا أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة فعليه أرش نقصه ، وان أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه ، ولو اجتمعا مثل ان أقام عنده مدة وذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معاً الاجرة وأرش النقص سواء كان ذهاب الاجزاء بالاستعمال كثوب ينقصه النشر نقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص ، وان كان النقص بالاستعمال كثوب لبسه فأبلاه فكذلك يضمنهما معاً في أحد الوجهين والثاني يجب أكثر الامرين من الاجر أو أرش النقص لان ما نقص من الاجزاء في مقابلة الاجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الاجزاء ويتخرج لنا مثل ذلك .

ولنا أن كل واحد منهما ينفرد بالايجاب عن صاحبه فاذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم

ولا يدخل فيه الغاصب لانه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالاجماع، ولا يشبه الزنا لانها رضيت باتلاف منافعها بغير عوض ولاعقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داره ، ولو أكرهها عليه لزمه مهرها ، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الاجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها فأما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لانه لا منافع لها يستحق بها عوض ، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها لان منافع البضع لاتتلف الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيكون مضي الزمان يتلفها بخلاف المنفعة

(فصل)اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء لان الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذن مالكه، فان كان الآكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير اذن عالما من غير تغرير فاذا ضمن الغاصب رجع عليه وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد وان لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فان كان الغاصب قال له كله فانه طعامي استقر الضمان عليه لاعترافه بأن الضمان باق عليه وانه لا يلزم الآكل شيء. وان لم يقل ذلك ففيه روايتان (احداهما) يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد (والثانية) يستقر الضمان على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الخرقي لقوله في المشتري للامة يرجع بالمهر وكل ما غرم على

تلف والاجرة تجب في مقابلة مايفوت من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تفت الاجزاء ، وان لم يكن للمغصوب أجرة كثوب غير مخيط فليس على الغاصب الا ضمان نقصه

(فصل) وإن نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله تضمين من شاء منهما إذا لم يكن النقص لتغير الاسعار وقد ذكرناه ، فان ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب الي حين التلف لانه في ضمانه من حين غصبه الى يوم تلفه وان ضمن المشتري ضمنه قيمتها أكثر ما كانت من حين قبضه إلى يوم تلفه لان ماقبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كانت له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وعلى المشتري بأجر مقامه في يديه وبالباقي على الغاصب وقد مر الكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه

(مسئلة) (وان غصب عبدا فابق أوفرسا فشرد أو شيئا تعذر رده مع بقائه ضمن قيمته فان قدر عليه بعد رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئا فعجز عن رده مع بقائه كعبد آبق فللمغصوب منه المطالبة ببدله فاذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليه لزمه رده ويسترد بدلها الذي أداه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يتخير المالك بين الصبر الى امكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها فهو له مع

الغاصب ،وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد فان غرمه صاحبه رجع عليه ، وان أطعم المغصوب لمالكه فأكله عالما أنه طعامه بريء الغاصب وان لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وان كانت له بينة بأنه طعام المغصوب منه ، وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله أو قال قد وهبتك اياه أو سكت فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي ،وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الاولى لانه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم تعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الغاصب كما لو علفه لدوابه ويتخرج ان يبرأ بناء على ما مضى اذا اطعمه لغير مالكه فانه يستقر الضمان على الآكل في احدى الروايتين فيبرأ ههنا بطريق الاولى وهذا مذهب ابي حنيفة ، وان وهب المغصوب لمالكه أو اهداه اليه فالصحيح أنه يبرأ لانه قد سلمه اليه تسليما صحيحاً تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الاثرم وارد فيما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذه المالك على هذا الوجه لاعلى سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسئلتنا فيما إذا رد اليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها ، وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتياع والابتياع يوجب الضمان ،وإن أقرضه اياه بريء أيضا لذلك

عينه لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيته بزيته .

ولنا ان المغصوب لايصح ملكه بالبيع ههنا فلا يصح بالتضمين كالتالف ولانه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبرا وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المغصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لأنه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده .اذا ثبت ذلك فانه إذا قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله ، ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الغاصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزمه رد زيادته المنفصلة لانها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب ، وان كان البدل تالفا فعليه مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

﴿ مسئلة ﴾ (وان غصب عصيراً فتخمر فعليه مثله)

لأنه تلف في يده فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ماأداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع البدل لان العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه فان

وان أعاره إياه بريء أيضا لان العارية توجب الضمان، وان أودعه اياه أو آجره اياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقصره أو يعلمه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون عالما بالحال لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه عاد إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه إياه فأكله لم يبر فهنا أولى

(فصل) إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة لاحدهما فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه مالم يقم عليه به حجة كما لو ادعى عليه دينا فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أوله صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله كذلك فان شهدت له البينة بالصفة ثبتت ، وإن قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبع زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك والقول قول الغاصب في قيمته على كل حال ، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب فى وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته، وان شاهدنا العبد معيباً فقال الغاصب كان معيبا قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الغاصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وان غصبه خمراً ثم قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لان الاصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة، وان اختلفا في رد المغصوب أورد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لان الاصل عدم ذلك واشتغال الذمة به

عاد خلا كان كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فانه يردها وأرش نقصها

ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشاً، وأما السمن الاول فلنا فيه منع وان سلمنا فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا غصب أثماناً فطالبه مالكها بها في بلد آخر وجب ردها اليه لان الاثمان قيم الاموال فلا يضر اختلاف قيمتها، وان كان المغصوب من المتقومات لزم دفع قيمته في بلد الغصب وان كان من المثليات وقيمته في البلدين واحدة أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه فله مطالبته بمثله لانه لا ضرر على الغاصب فيه، وان كانت أكثر فليس له المثل لانا لا نكلفه النقل الى غير البلد الذي غصب فيه وله المطالبة بقيمته في بلد الغصب، وفي جميع ذلك متى قدر على المغصوب أو المثل في بلد الغصب رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبداً فأبق .

(فصل) قال رضي الله عنه (فان كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب) هذا المعروف في المذهب نص عليه أحمد في رواية الاثرم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجترىء أن أقول عليه سكنى ما سكن وهذا يدل على

وان اختلفا في تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب لانه أعلم بذلك وتتعذر إقامة البينة عليه فاذا حلف فللمالك المطالبة ببدله لانه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبداً فأبق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لانه لا يدعيه وإن قال غصبت مني حديثاً فقال بل عتيقا فالقول قول الغاصب لان الاصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه

(فصل) واذا باع عبداً فادعى انسان على البائع أنه غصبه العبد وأقام بذلك بينة انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بثمنه وان لم تكن بينة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كما لو قامت به بينة وان أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري لانه لا يقبل اقراره في حق غيره ولزمت البائع قيمته لانه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع احلافه ثم ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الامرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل الف من قرض، وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد العبد الى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه وان كان اقرار البائع في مدة الخيار له انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه، وان أقر المشتري وحده لزمه رد العبد ولم يقبل اقراره

توقفه عن إيجاب الاجر الا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لان محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة. واحتج من لم يوجب الاجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» وضمانها على الغاصب ولانه استوفى منفعته بغير عقد ولا شبهة ملك أشبه ما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا ان كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الاتلاف كالاعيان ولانه أتلف متقوما فوجب ضمانه كالاعيان أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين وأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الغاصب لانه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالاجماع ولا يشبه الزنا لانها رضيت باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داراً، ولو أكرهها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الاجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها فاما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لانها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيتلفها مضي الزمن بخلاف المنفعة، ولو أطرق الفحل لم يضمن منفعته لانه لا عوض له لكن عليه ضمان نقصه

(مسئلة) (وان تلف المغصوب فعليه أجرته الى وقت تلفه) لانه بعد التلف لم تبق له منفعة فلم يجب ضمانها كما لو أتلفه من غير غصب

على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه ويلزمه دفعه عليه ان كان لم يقبضه، وان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن، وان أقام البائع بينة اذا كان هو المقر نظرنا فان كان في حال البيع قال بعتك عبدي هذا أوملكي لم تقبل بينته لانه يكذبها وتكذبه وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغير ملكه، وان اقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجر بها الى نفسه نفعاً وان انكراه جميعا فله احلافهما ان لم تكن له بينة قال أحمد في رجل يجد سرقته بعينها عند انسان قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة

(فصل) وان كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضا لان الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفقوا كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم ان ضمن البائع رجع على المشتري لانه أتلفه وان رجع على المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وان مات العبد

﴿ مسئلة ﴾ (وان غصب شيئاً فعجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته الى وقت أداء القيمة)

لان منافعه الى وقت أداء القيمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببدله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه والثاني له الاجر لان العين باقية على ملكه والمنفعة له

(فصل) وتصرفات الغاصب الحكمية كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في احدى الروايتين والاخرى صحيحة) تصرفات الغاصب كتصرف الفضولي وفيه روايتان أظهرهما بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك وذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها تقع صحيحة وذكره أبو الخطاب وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود كالبيع والاجارة والنكاح وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فاما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافا وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانها يمنع ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان اتجر بالدراهم فالربح لمالكها)

اذا غصب أثماناً فاتجر بها أو عروضا فباعها واتجر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع

وخلف مالا فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له وانما منعنا ردالعبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثاً فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد وان صدق المشتري البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الاقسام على ما مضى

(فصل) واذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى اني فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بميراث أو هبة من مالكه فيلزمك رده علي لان البيع الاول والهبة باطلان وان أقام بذلك بينة نظرت فان كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو بعتك ملكي هذا وكان في ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي ونحو ذلك لم تقبل البينة لانه مكذب لها وهي تكذبه وان لم يكن كذلك قبلت الشهادة لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المغصوب جناية أوجبت القصاص فاقتص منه فضمانه على الغاصب لانه قد تلف في يديه فان عفي عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الغاصب لانه نقص حدث في يده فلزمه ضمانه لان ضمان العبد ونقصه على سيده، ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده، وان جنى على مادون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت وان عفي عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الامرين من قيمته أو ارش اليد فان زادت جناية العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارش الجناية بها لانها

المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك لانه نماء ملكه قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به لوقوع الخلاف فيه

﴿ مسألة ﴾ (وان اشترى في ذمته ثم نقدها احتمل ان يكون الربح للغاصب)

وكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المغصوب وهذا قياس قول الخرقي وذكر ذلك عن أحمد واحتمل أن يكون للمالك لانه نماء ملكه أشبه ما لو اشترى بعين المال وهذا المشهور في المذهب وقال صاحب المحرر اذا اشترى في ذمته بنية نقدها لئلا يتخذ ذلك طريقا الى غصب مال الغير والتجارة به وان خسر فهو على الغاصب لانه نقص حصل في المغصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ماذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله وان كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لانه متعد بالعمل ولم يغره أحد وان لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملا بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد

(فصل) وان أجر الغاصب المغصوب فالاجارة باطلة في احدى الروايات كالبيع وللمالك تضمين أيهما شاء أجر المثل فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة

كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببدله كما أن الرهن اذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فاذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغاصب بقيمة أخرى لان القيمة التي أخذها استحقت بسبب كان في يد الغاصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فاذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى في يده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منهما لان الجناية كانت في يده وكان للمجني عليه أولا أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه فان مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لانه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولا أن يأخذه لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ قال (من أتلف لذمي خمراً أو خنزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه)

ويسقط عنه المسمى في العقد وان كان دفعه الى الغاصب رجع به وان تلفت العين في يد المستأجر فلمالكها تضمين من شاء منهما قيمتها فان ضمن المستأجر رجع بذلك على الغارم لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل في مقابلة ما غرم، وان كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان ضمن الغاصب الاجر والقيمة رجع بالاجر على المستأجر علم أو لم يعلم ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر علم بالغصب وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في هذا الفصل وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للغاصب دون صاحب الدار وهو فاسد لان الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الاجزاء

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الغاصب)

اذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه مالم يقم عليه حجة كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه وكذلك ان اختلفا في قدره فقال غصبتني مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك ان قال المالك كان كاتبا أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله لذلك فان شهدت البينه بالصفة ثبتت

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك)

لان الاصل عدم الرد وبقاؤه في يد الغاصب وان قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبع زائدة أو عيب

وجملة ذلك أنه لايجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي نص عليه احمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكرا لمسلم أو لذمي خمراً فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانها إذا أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عيناً قومها كنفس الآدمي وقد عصم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولانها مال لهم يتمولونها بدليل ماروي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب اليه إن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمور فكتب اليه عمر: ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم

ولنا أن جابر روى أن النبي ﷺ قال « ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق على صحته وما حرم بيعه لالحرمته لم تجب قيمته كالميتة، ولان مالم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالمرتد ولانها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فان تحريمها ثبت في حقهما وخطاب النواهي يتوجه اليهما فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت اراقتها ثم لو عصمها مالزم تقويمها فان نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومين غير متقومين ، وقولهم انها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فانه مال عندهم، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ

وأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب بعد تلفه فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة ذمته وان شاهدنا العبد معيبا فقال الغاصب كان معيبا قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الغاصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، ويتخرج أن القول قول المالك كما اذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري؟ فان فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا ، وان غصبه خمرا فقال المالك تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لان الاصل عدم تغيره وبراءة ذمة الغاصب، وان اختلفا في تلفه فالقول قول الغاصب اذا ادعى التلف لانه أعلم بذلك ويتعذر اقامة البينة عليه فاذا حلف فللمالك المطالبة ببدله لانه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبداً فابق وقيل ليس له المطالبة بالبدل لانه لا يدعيه ، وان قال غصبت مني حديثاً قال بل عتيقاً فالقول قول الغاصب لان الاصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه، وان اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للغاصب لانها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد

(مسئلة) (وان بقيت في يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة)

لانه عاجز عن ردها على أصحابها فاذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لاربابها فيسقط ذلك اثم غصبها ولان قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحمل السيئات فاذا طلب منه عوض الغصب احالهم بثواب الصدقة

عشر أثمانها لأنهم إذا تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها أثماناً مجاز كما سمى الله تعالى ثمن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس) وأما قول الخرقي وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه فلان كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذه ونكاح ذوات المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهروه لاننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم فيما التزمنا تركه، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم فان كان خمراً جازت إراقته، وإن أظهروا صليباً أو طنبوراً جاز كسره، وإن أظهروا كفرهم أدبوا على ذلك، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين.

(فصل) وان غصب من ذمي خمراً لزمه ردها لانه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردها ووجبت إراقتها لان أباطلحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً فأمره باراقتها، وإن أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لان ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه ولان ماحرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فان أمسكها في يده حتى صارت خلا لزم ردها على صاحبها لانها صارت خلا على حكم ملكه فلزم ردها اليه فان تلفت ضمنها له لانها مال المغصوب منه تلف في يد الغاصب، وإن أراقها فجمعها انسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الخل لانه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها.

وعنه في اللقطة لا تجوز الصدقة بها فيخرج ههنا مثله فعلى هذا له دفعه إلى نائب الامام كالضوال

(فصل) قال رضي الله عنه (ومن أتلف مالا محترما لغيره ضمنه اذا كان بغير اذنه لا نعلم في ذلك خلافا) لانه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده

(مسألة) (وان فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهبت ضمنه)

وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون اهاجهما حتى ذهبا وقال أصحاب الشافعي ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمنها وان ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان. واحتجا بان لهما اختيارا وقد وجدت منهما المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجيء فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئرا فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة واشلى كلباً على صبي فقتله أو أطلق ناراً في متاع انسان فان للنار فعلا لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فاذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير فأفلس لانه تلف بسبب فعله فأما ان فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرهما فذهبا

(فصل) وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لانه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال وان أتلفه لم يغرمه وان حبسه مدة لم يلزمه أجر لانه لا تجوز أجارته، وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده ؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ فمن قال بطهارته أوجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس، ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه فان أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمنه لانه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه، وان دبغه الغاصب لزم رده ان قلنا بطهارته لانه كالخمر اذا تخللت، ويحتمل أن لا يجب رده لانه صار مالا بفعله بخلاف الخمر وان قلنا لا يطهر لم يجب رده لانه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لانه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدبغ .

(فصل) وان كسر صليباً أو مزماراً أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح واذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسوراً لانه أتلف بالكسر ما له قيمة وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه وقال أبو حنيفة يضمن

فالضمان على منفرها لان سببه أخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر، وان وقع طائر انسان على جدار فنفره انسان فطار لم يضمنه لان تنفيره لم يكن سبب فواته فانه كان ممتنعا قبل ذلك، وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر طائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(مسألة) (وان حل وكاء زق مائع أو جامد فاذابته الشمس أو بقي بعد حله فألقته الريح فاندفق ضمنه)

اذا حل وكاء زق مائع فاندفق أو كان جامداً فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة ضمنه سواء خرج في الحال أو قليلا أو خرج منه شيء بل أسلفه فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط لانه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وبه قال أصحاب الشافعي، ولهم فيما اذا ذاب بالشمس وجهان قالوا لان فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشره فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا أن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلا قليلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن واما اذا دفعه إنسان فان المتخلل بينهما مباشرة من يمكن الاحالة عليه بخلاف مسألتنا

(مسألة) (وان ربط دابة في طريق فأتلفت أو اقتنى كلباً عقوراً فعقر أو خرق ثوبا ضمن)

اذا أوقف الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت بيد أو رجل أو فم لانه متعد بوقفها فيه وإن كان الطريق واسعاً ضمن في أحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة ولذلك لو ترك في الطريق طيناً فزلق به إنسان ضمنه والثانية لا يضمن لانه غير متعد بوقفها في الطريق

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة، والدليل على انه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « بعثت بمحق القينات والمعازف »

(فصل) وان كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمنها لان اتخاذها محرم وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد أنه يضمن فان مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريقاً فضة عليه قيمته يصوغه كما كان، قيل له أليس قد نهى النبي ﷺ عن اتخاذها ؟ فسكت، والصحيح أنه لاضمان عليه نص عليه احمد في رواية المروذي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه أتلف ماليس بمباح فلم يضمنه كالميتة ، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه ولان في هذه الرواية انه قال يصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك .

(فصل) وان كسر آنية الخمر ففيها روايتان (احداهما) يضمنها لانه مال يمكن الانتفاع به ويحل

الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين فانه متعد بتركه في الطريق وأما الكلب فيلزمه ضمان ما أتلف لانه تعدى بذلك فلزمه الضمان كما لو بنى في الطريق دكانا

(مسئلة) (الا أن يكون دخل منزله بغير إذنه لانه متعد بالدخول فقد تسبب الى اتلاف نفسه بجنايته، وان دخل باذن المالك فعليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه فان أتلف الكلب بغير العقر مثل ان ولغ في إناء إنسان أو بال لم يضمنه لان هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضي وان اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه كالكلب العقور ،ولا فرق بين الليل والنهار فان لم تكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب الذي ليس بعقور ولو ان الكلب العقور أو السنور حصل عند إنسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه لانه لم يحصل الاتلاف بتسببه فان اقتنى حماما أوغيره من الطير فأرسله نهاراً فلقط حباً لم يضمنه لان العادة ارساله

﴿ مسئلة ﴾ (وقيل في الكلب روايتان في الجملة) (احداهما) يضمن سواء كان في منزل صاحبه أو خارجا وسواء دخل باذن صاحب المنزل أو بغير إذنه لان اقتناءه الكلب العقور سبب للعقر وأذى الناس فضمن صاحبه كمن ربط دابة في طريق ضيق (والثانية) لايضمن لقوله عليه الصلاة والسلام « جرح العجماء جبار » ولانه أتلف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر البهائم

(مسئلة) (وان أجج ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى الى ملك غيره فاتلفه ضمن اذا كان قد أسرف فيه أو فرط والا فلا)

وجملته أنه اذا فعل ذلك لم يضمن اذا كان ما جرت به العادة من غير تفريط لانه غير متعد ولانها سراية فعل مباح فلا يضمن كسراية القود، وفارق من حل وكاء زق فاندفق لانه متعد بحله ولان الغالب خروج المائع من الزق المفتوح بخلاف هذا ، فان كان بتفريط منه أو اسراف بان أجج ناراً تسري

بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولان جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالبيت الذي جعل مخزناً للخمر (والثانية) لاتضمن لما روى الامام احمد في مسنده « حدثنا أبو بكر بن أبي مريم عن ضمرة ابن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتيه بمدية وهي الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدية مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً الا شققته. وروي عن أنس قال كنت أسقي أبا طلحة وأبي بن كعب واباعبيدة شرابا من فضيخ فأتانا آت فقال ان الخمر قدحرمت فقال أبوطلحة قم يا أنس الى هذه الدنان فا كسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها واباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات

في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيرا يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والارض التي فتح الماء فيها لانها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به ولذلك إن يبست النار أغصان شجرة غيره يضمن لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الاغصان في هوائه فلا يضمن لان دخولها اليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل .

(فصل) وان ألقت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده أشبهت اللقطة فان لم يعرف صاحبه فهو لقطة يثبت فيها أحكامها وان عرف صاحبه لزمه إعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فهو كالغاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه إلا أن يكون غير ممتنع فهو كالثوب وان دخل برجه فأغلق عليه الباب ناويا إمساكه لنفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب وإلا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان حفر في فنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف به ، والفناء ما كان خارج الدار قريباً منها)

إذا حفر في الطريق بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها باذن الامام أو بغير إذنه وسواء كان فيها ضرر أولا وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز ان يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه

ولنا أنه تلف بحفر حفره في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن فيه الامام ولا نسلم أن للامام الاذن في هذا وانما جاز الاذن في القعود لانه لا يدوم ويمكن إزالته في الحال اشبه القعود في المسجد ولان القعود جائز من غير اذن الامام بخلاف الحفر

(فصل) ولا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر فانه لا يضمن بالغصب انما يضمن بالاتلاف وان أخذ حراً فحبسه فمات عنده لم يضمنه لانه ليس بمال، وان استعمله مكرها لزمه أجر مثله لانه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وان حبسه مدة لمثلها أجر ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لانه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد ، (والثاني) لا يلزمه لانها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه اذا بليت عليه واطرافه ولانها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجها واحداً لانه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر اولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لانها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (وان حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)

مثل أن يحفرها لينزل فيها ماء المطر أو ليشرب منه المارة ونحو هذا فلا يضمن لانه محسن بفعله غير متعد أشبه باسط الحصير في المسجد، وقال بعض أصحابنا لا يضمن اذا كان باذن الامام وان كان بغير اذنه لم يضمن في احدى الروايتين فان أحمد قال في رواية اسحاق بن ابراهيم اذا أحدث بئراً لماء المطر فيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن والثانية يضمن أومأ اليه أحمد لانه افتات على الامام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية ، والصحيح الاول لان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق استئذان الامام فيه وتعم البلوى به ففي وجوب الاستئذان فيه تفويت لهذه المصلحة العامة لانه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر معاً فتضيع هذه المصلحة فوجب سقوط الاستئذان كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في المسجد أو وضع سراج أو رم شعث واشباه ذلك، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بنى بناء يضر لكونه في طريق ضيق أو واسع إلا أنه يضر بالمارة أو بناه لنفسه ضمن ما تلف به وسواء في ذلك كله اذن الامام وعدم الاذن قال شيخنا ويحتمل ان يعتبر اذن الامام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لان الحفر تدعو الحاجة اليه لنفع الطريق واصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى تبقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها ليسهلها، ويعلكها بازالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا نعلم فيه خلافا وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر إذن الامام فيها لان مصلحته لا تعم بخلاف غيره قال بعض أصحابنا في حفر البئر ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان اذا حفرها في مكان مائل عن القارعة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوقى

(فصل) وان حفر العبد بئراً في ملك إنسان بغير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعتق ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لان الجناية بالحفر

(فصل) وام الولد مضمونة بالغصب وبهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لا تضمن لان أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل انه لا يتعلق بها حق الغرماء فأشبهت الحر

ولنا ان ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ولأنها مملوكة فأشبهت المدبرة وفارقت الحرة فانها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

(فصل) واذا فتح قفصا على طائر فطار ، او حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك وقال ابو حنيفة والشافعي لاضمان عليه الا ان يكون اهاجها حتى ذهبا ، وقال اصحاب الشافعي أن وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمنها وان ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجيء فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئراً فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

في حال رقه فكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ولا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا ان التلف الموجب للضمان وجد بعد العتق فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ماقاسوا عليه لان الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وههنا حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الاسباب التي يجب بها الضمان

(مسئلة) (وان بسط في مسجد حصيرا أوعلق فيه قنديلا أو سقفه أونصب عليه بابا أو جعل فيه رفا لينتفع به الناس فتلف به شيء فلا ضمان عليه) وقال أصحاب الشافعي ان فعل شيئا من ذلك بغير اذن الامام ضمن في أحد الوجهين وقال أبوحنيفة يضمن اذا لم يأذن فيه الجيران

ولنا أن هذا فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ماتلف به كما لو أذن فيه الامام والجيران ولانه فعل ماينتفع به المسلمون غالبا فلم يضمن كمن مهد الطريق ولان هذا مأذون فيه عرفا لان العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن فاعله كالمأذون فيه نطقاً

(مسئلة) (وان جلس في مسجد أوطريق واسع فعثر به حيوان فتلف لم يضمن في أحد الوجهين) لانه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد، وفي الآخر يضمن لان الطريق انما جعلت للمرور فيها لا للجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والاول أولى لانه فعل فعلا مباحا، وقولهم ان الطريق انما جعلت للمرور ممنوع فان الطريق الواسع يجلس فيه عادة وكذلك المسجد جعل للصلاة وانتظارها والاعتكاف فيه في جميع الاوقات وبعضها لاتباح الصلاة فيه ولان انتظار الصلاة والاعتكاف قربة فلم يتعلق به الضمان كالصلاة والله أعلم

(مسئلة) (وان أخرج جناحا أو ميزابا الى الطريق فسقط على شيء فأتلفه ضمن)

وجملة ذلك أنه اذا أخرج الى الطريق النافذ جناحا أو ساباطاً فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه ضمنه المخرج وقال

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره او ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر واهاج الدابة او اشلى كلبا على صبي فقتله او اطلق ناراً في متاع انسان فان للنار فعلا لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فاذا ازيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من ازال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب او اسير فأفلت وان فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين لجاء انسان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما لان سببه اخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر، وان وقع طائر انسان على جدار فنفره انسان فطار لم يضمنه

أصحاب الشافعي ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليهما. ولنا أنه تلف بما أخرجه الى هوا الطريق فضمنه كالو بنى حائطه مائلا الى الطريق أوكما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط ولانه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولانه تلف بعدوانه فضمنه كالو وضع البناء على أرض الطريق والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض لانه لو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات، ولان هذه خشبة لو سقط الخارج منها حسب فأتلف شيئاً ضمنه فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولا تنا لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله ببعض الخشبة ونصفه بجميعها، وان كان اخراج الجناح الى درب غير نافذ بغير اذن أهله ضمن ما تلف به وان كان باذنهم فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه

(فصل) وان أخرج ميزاباً الى الطريق النافذ فسقط على انسان أو شيء فأتلفه ضمن وبهذا قال أبو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لانه غير متعد باخراجه فلم يضمن ما تلف به كما لو أخرجه الى ملكه وقال الشافعي ان سقط كله فعليه نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انقصف الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع لانه كله في غير ملكه

ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح بل هو محرم لانه أخرج الى هواء ملك غيره شيئاً يضر به أشبه ما أخرجه الى ملك آدمي معين بغير اذنه، فأما ان أخرجه الى ملك آدمي معين بغير اذنه فهو متعد ويضمن ما تلف به لا نعلم في ذلك خلافا

(مسئلة) (وان مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه نص عليه وأومأ في موضع انه ان تقدم اليه لنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن)

اذا كان في ملكه حائط مستو أومائل الى ملكه أوبناه كذلك فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لانه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بابقائه وان مال قبل وقوعه الى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه أيضا لانه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أوالى ملك انسان أوملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لانه لم يتعد ببنائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه أشبه مالو سقط من غير ميل، فان أمكنه نقضه ولم

لان تنفيره لم يكن سبب فواته فانه كان ممتنعاً قبل ذلك وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(فصل) ولو حل زقا فيه مائع فاندفق ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط أو سقط بريح أو بزلزلة الارض أو كان جامدا فذاب بشمس لانه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولهم فيما اذا ذاب بالشمس وجهان واحتجوا بأن فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا أن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله او مال قليلا قيلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن ،وأما

بنقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو الظاهر عن الشافعي ونحوه قول الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله أشبه مالو وقع قبل ميله، وذكر بعض أصحابنا فيه وجها آخر ان عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لأنه متعد بتركه مائلا فضمن ماتلف به كما لو بناه مائلا الى ذلك ابتداء ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ماتلف به ولو لم يكن موجباً للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه،وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أومأ اليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري، وقال أبو حنيفة الاستحسان ان يضمن لان حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فكان لهم المطالبة بازالته فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع شيئاً على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به انسان ،وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لانه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ،ولانه لو وجب الضمان به لم تشترط المطالبة به كما لو بناه مائلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان ميله الى الطريق لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة فان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط او أجله الامام لم يسقط عنه الضمان لان الحق لجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار ومرتهنها ومستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لا يملكون النقض وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أمكنه استرجاعها كالمعير والمودع والراهن اذا أمكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه النقض ، وان كان

ان دفعه انسان فان المتخلل بينهما مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مسئلتنا ولو كان جامدا فأدنى منه آخر ناراً فأذابه فسال فالضمان على من أذابه لان سببه أخص لكون التلف يعقبه فأشبه المنفر مع فاتح القفص وقال بعض الشافعية لا ضمان على واحد منهما كسارقين نقب أحدهما وأخرج آخر المتاع وهذا فاسد لان مدني النار الجأه الى الخروج فضمنه كما لو كان واقفاً فدفقه والمسئلة حجة عليه فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال جميعاً ثم ان الحد يدرأ بالشبهات بخلاف الضمان، ولو أذابه أحدهما أولا ثم فتح الثاني رأسه فاندفق فالضمان على الثاني لان التلف تعقبه وان فتح زقا مستعلي الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلا قليلا فجاء آخر فكنسه فاندفق فضمان ما خرج بعد التنكيس على المنكس وما قبله على الفاتح لان فعل الثاني أخص كالجارح والذابح

(فصل) وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تعقب فعله أو تراخى والخلاف فيها كالخلاف في الطائر في القفص

المالك محجوراً عليه لسفه أو صغر او جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلا للمطالبة وان طولب وليه او وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل وان كان الملك مشتركاً بين جماعة فطولب احدهم بنقضه احتمل وجهين احدهما لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز والثاني يلزمه بحصته لانه يتمكن من النقض بمطالبته شركاءه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفرطاً فان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا ان المطالبة تكون للمالك او ساكن الملك الذي مال اليه دون غيره، وان كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل الى الطريق إلا أنه متى طولب ثم اجله صاحب الملك او ابرأه منه او فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك إسقاطه، وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة احدهم ولا يبرأ بابرائه وتأجيله الا ان يرضى بذلك جميعهم لان الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فان لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وحكمه حكم الصحيح قياساً عليه وان خيف وقوعه لكونه مشقوقاً بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلف اشبه المائل

(فصل) ولو بنى في ملكه حائطاً مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء أو سقط على شيء أتلفه ضمن لتعديه فانه ليس له البناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلا يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

(فصل) اذا تقدم الى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلا فسقط على شيء فتلف به فلا

(فصل) اذا أوقد في ملكه ناراً أو في موات فطارت شرارة الى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه فنزل الماء الى ارض جاره فغرقها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به العادة من غير تفريط لانه غير متعدولانها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقا فاندفق لانه متعد بحله ولان الغالب خروج المائع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد الى تلف مال غيره وان كان ذلك بتفريط منه بأن اجج ناراً تسري في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيرا يتعدي أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ماتلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والارض التي الماء فيها لانها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به، وان أوقد ناراً فايبست أغصان شجرة غيره ضمنها لان ذلك لايكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الاغصان في هوائه فلا يضمنها لان دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء

(فصل) وان ألقت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده فلزمه

ضمان على بائعه لانه ليس بملكه ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقضه وكذلك ان وهبه واقبضه وان قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، واذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فالدية على عاقلته فان أنكرت العاقلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك ببينة لان الاصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائط فالضمان عليه دونهم لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وكذلك ان انكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا وان كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لان دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

﴿ مسئلة ﴾ (وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها الا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والقائد فـيضمن ما جنت يدها أو فمها دون ما جنت رجلها) اذا أتلف البهيمة شيئاً فلا ضمان على صاحبها اذا لم تكن يد أحد عليها لقول النبي ﷺ « العجماء جرحها جبار » يعني هدراً فاما أن كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والقائد فانه يضمن وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي وقال مالك لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولانه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها

ولنا قول النبي ﷺ « والرجل جبار » رواه سعيد باسناده عن الهزيل بن شرحبيل عن النبي ﷺ وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها ولانه يمكنه حفظها من الجناية اذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثه محمول على من لا يد له عليها

(فصل) ولا يضمن ما جنت برجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو قول شريح والشافعي لانه من جناية بهيمة يده عليها فضمنه كجناية يدها

حفظه كاللقطة وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها وان عرف صاحبه لزمه اعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه امسك مال غيره بغير اذنه من غير تعريف فصار كالغاصب ،وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه وان دخل برجه فاغلق عليه الباب ناويا امساكه لنفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب والا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذي لم يتعد فيه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الرجل جبار» ولانه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده، عليها فاما ان كانت جنايتها بفعله مثل أن كبحها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك فانه يضمن جناية رجلها لانه السبب في جنايتها فكان عليه ضمانها ولو كان السبب غيره مثل أن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لانه السبب في جنايتها

(فصل) فان كان على الدابة راكبان فالضمان على الاول منهما لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا أن يكون الاول منهما صغيراً أو مريضاً ونحوهما ويكون الثاني هو المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه فان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما لو انفرد ضمن فاذا اجتمعا ضمنا، وان كان معهما أو مع أحدهما راكب فالضمان عليهم جميعاً في أحد الوجهين لذلك والثاني الضمان على الراكب لانه أقوى يداً وتصرفا، ويحتمل أن يكون على القائد لانه لاحكم للراكب معه

(فصل) والجمل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنايته لانه في حكم القائد فاما الجمل المقطور على الجمل الثاني فينبغي أن لا يضمن جنايته إلا أن يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية ،ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه وذكر ابن ابي موسى في الارشاد أنه يضمن قال لانه يمكنه ضبطه بالشد

(مسئلة) (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلا ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً)

يعني اذا لم تكن يد أحد عليها وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن مالكها ما أفسدته ليلا ونهاراً بأقل الامرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالعبد اذا جنى ، وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «العجماء جرحها جبار» يعني هدراً ولانها أفسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار أو كما لو أتلفت غير الزرع

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعيد بن محيصة ان ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: على أهل الاموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم. قال ابن عبد البر ان كان هذا مرسلا فهو مشهور حدث به الائمة الثقاة وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ولان العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعى وحفظها ليلا وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فاذا ذهبت ليلا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ

(فصل) اذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته، واذا استعار من رجل بهيمته فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه على المستعير سواء أتلفت شيئاً لمالكها أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وان كانت البهيمة في يد الراعي

وان تلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته

(فصل) قال بعض اصحابنا انما يضمن مالكها ما اتلفته ليلا اذا فرط بارسالها ليلا أو نهاراً او لم يضمها بالليل او ضمها بحيث يمكنها الخروج اما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه او فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها او فاتح بابها لانه المتلف قال القاضي هذه المسئلة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعي اما القرى العامرة التي لا مرعى فيها الا بين قراحين(١) كساقية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها ارسالها بغير حافظ عن الزرع فان فعل فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض اصحاب الشافعي .

(١) كذافي الاصل

(فصل) فان اتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالكها ما اتلفته ليلا كان او نهاراً ما لم تكن يده عليها، وحكي عن شريح انه قضى في شاة وقعت في غزل حائك ليلا بالضمان على صاحبها وقرأ (اذ نفشت فيه غنم القوم) قال والنفش لا يكون الا بالليل وعن الثوري يضمن وان كان نهاراً لتفريطه بارسالها . ولنا قول النبي صلى الله عليه «العجماء جرحها جبار» متفق عليه اي هدر واما الآية فالنفش هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم بالرعي طبعاً وتدعوها نفسها الى اكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غير عليه

(فصل) اذا استعار بهيمة فاتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه عليه سواء كان المتلف لمالكها أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير، وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً أو شجراً فالضمان على الراعي دون المالك لان اتلاف ذلك في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فضمن كالمستعير، وان كان الزرع للمالك وكان ليلا ضمن ايضاً لان ضمان اليد اقوى بدليل انه يضمن في الليل والنهار جميعاً

(مسئلة) (ومن صال عليه آدمي او غيره فقتله دفعاً عن نفسه لم يضمنه لانه قتله بالدفع الجائز فلم يجب ضمانه فان كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها اجماعا ولا يضمنها اذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي واسحاق وقال ابو حنيفة يضمنها لانه اتلف مال غيره لاحياء نفسه فضمنه كالمضطر اذا اكل طعام غيره و كذلك الخلاف في غير المكلف من الآدمين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لانه لا يملك إباحة نفسه ولذلك لو إرتد لم يقتل

ولنا انه قتله بالدفع الجائز فلم يضمنه كالعبد ولانه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالآدمي المكلف ولانه

فأتلفت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لان اتلافها للزرع في النهار لا يضمن الا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالمستعير، وان كان الزرع للمالك فان كان ليلا ضمن أيضا لان ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً

قتله لدفع شره فاشبه العبد وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فاشبه مالو نصب حربة في طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها وفارق المضطر فان الطعام لم يلجئه إلى اتلافه ولم يصدر منه مايزيل عصمته ولهذا لو قتله لصياله لم يضمنه ولو قتله ليأكله في المخمصة وجب عليه الضمان وغير المكلف كالمكلف في هذا وقولهم لا يملك إباحة نفسه قلنا : والمكلف لا يملك اباحة نفسه ولو قال أبحت دمي لم يبح مع أنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله فلم يضمنه كالمكلف

(مسئلة) (وان اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها)

إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كالتين في بحر أو ماء واقف فان كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كالفارسين إذا تصادما وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما ، وقال الشافعي : يضمن في أحد الوجهين لانهما في أيديهما فضمنا كما لو اصطدما فارسان لغلبة الفرسين لهما

ولنا أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه الصاعقة إذا نزلت فاحرقت سفينة ويخالف الفرسين فانه يمكن ضبطها والاحتراز من طردهما وان كان أحدهما مفرطاً وحده ضمن وحده، وان اختلفا في تفريط القيم ولا بينه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدمه وهو أمين أشبه المودع وعند الشافعي أنهما إذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه وقال مثل ذلك في الفارسين وسنذكره ان شاء الله تعالى والتفريط ان يكون قادراً على ضبطها أوردها عن الاخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل آلتها من الرجال والحبال وغيرها

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت احداهما منحدرة فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون عليه ريح فلم يقدر على ضبطها)

متى كان قيم المنحدرة مفرطا فعليه ضمان المصعدة لانها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصعدة منزلة الواقف إذا اصطدما ، وإن غرقتا جميعافلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعدة أو ارش ما نقصت ان لم تتلف كلها الا ان يكون التفريط من المصعد بان يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد ، وان لم يكن من واحد منهما تفريط لكن هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لانه لا يدخل في وسعه (ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها) فان كانت إحدى السفينتين واقفة

(فصل) اذا شهد بالغصب شاهدان فشهد احدهما انه غصبه يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تتم البينة وله أن يحلف مع أحدهما ، وان شهد احدهما انه اقر بالغصب يوم الخميس وشهد

والأخرى سائرة فلا شيء على الواقفة وعلى السائرة ضمان الواقفة إن كان القيم مفرطاً، فلا ضمان عليه اذا لم يفرط على ما ذكرنا .

(فصل) فان خيف على السفينة الغرق فالقى بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الغرق لم يضمنه أحد لانه أتلف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره، وان القى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده وان قال لغيره الق متاعك فقبل منه لم يضمنه لانه لم يلتزم ضمانه، وان قال القه وأنا ضامن له أو علي قيمته لزم ضمانه لانه أتلف ماله بعوض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه كما لو قال اعتق عبدك وعلي ثمنه. وان قال القه وعلي وعلى ركاب السفينة ضمانه فالقاه ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه ضمانه وحده ذكره أبو بكر وهو نص الشافعي لانه التزم ضمان جميعه فلزمه ما التزمه ، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال علي كل واحد منا ضمان قسطه أو ربع متاعك لم يلزمه الا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه لم يضمن إلا حصته وانما أخبر عن الباقين بالضمان فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان ، وان التزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل لانه ضمن الكل، وان قال القه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فانكروا الاذن فهو ضامن للجميع وأن قال القي متاعي وتضمنه؟ فقال نعم ضمنه له وان قال الق متاعك وعلي ضمان نصفه وعلى أخي ضمان مابقي فالقاه فعليه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لانه لم يضمن والله أعلم .

(فصل) إذا خرق سفينة فغرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يغرقها غالباً ويهلك من فيها لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس وان كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودية الاحرار على عاقلته وان كان عمد خطأ مثل ان اخذ السفينة ليصلح موضعاً فقلع لوحا أو يصلح مسماراً فنقب موضعاً فهو عمد الخطأ ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، والصحيح ان هذا خطأ محض لانه قصد فعلا مباحاً فأفضى الى التلف لما لم يرده فاشبه مالو رمى صيداً فاصاب آدمياً فقتله ولكن ان قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فاتلفها فهو عمد الخطأ فيه ما فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كسر مزمارا أوطنبوراً أوصليباً لم يضمنه)

وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسوراً لانه أتلف بالكسر ماله قيمة ، وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يضمن ، وقال أبو حنيفة يضمن .

الآخر انه اقر ببعضه يوم الجمعة ثبتت البينة لان الاقرار وان اختلف رجع الى امر واحد ، وان شهد انه اقر انه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر انه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البينة ايضا ، وان شهد له واحد

ولنا أنه لايحل بيعه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه ، وقال عليه الصلاة والسلام « بعثت بمحق القينات والمعازف »

﴿ مسئلة ﴾ (وان كسر آنية ذهب أوفضة لم يضمنها)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد انه يضمن فان مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريق فضة عليه قيمته يصوغه كما كان، فقيل له أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها فسكت ، والصحيح أنه لا يضمن نص عليه في رواية المروذي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة ، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل النهي عنه وليس في رواية مهنا أنه قال يصوغه ولاتحل صناعته فكيف تجب؟

﴿ مسئلة ﴾ (وان كسر اناء خمر لم يضمنه في أصح الروايتين)

لما روي عن ابن عمر قال أمرني رسول الله ﷺ أن آتيه بمدية وهي الشفرة فأتيته بها فارسل بها فارهفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج باصحابه إلى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فاخذ المدية مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر اصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وامرني ان آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته رواه أحمد ، وروي عن انس قال كنت اسقي ابا طلحة وابي بن كعب وابا عبيدة شرابا من فضيخ فأتانا آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال ابوطلحة قم ياأنس الى هذه الدنان فاكسرها وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات (والثانية) يضمنها إذا كان ينتفع بها في غيره لانها مال يمكن الانتفاع به ويحل بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولان جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالبيت الذي جعل مخزنا للخمر

(فصل) إذا غصب ارضا فحكمها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط عليه لم يجز دخولها لغير مالكها الا باذنه لان ملك مالكها لم يزل عنها فلم يجز دخولها بغير اذنه كما لو كانت في يده . قال احمد : في الضيعة تصير غيضة فيها سمك لا يصيد فيها احد إلا باذنهم ، وان كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها . قال احمد : لابأس برعي الكلأ في الارض المغصوبة وذلك لان الكلأ لايملك بملك الارض ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لها عليها ونقل عنه المروذي في دار طوابيقها غصب لايدخل على والديه لان دخوله عليهما تصرف في الطوابيق المغصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد

وحلف معه ثبت الغصب فلو كان الغاصب حلف بالطلاق انه لم يغصبه لم نوقع طلاقه لان الشاهد واليمين بينة في المال لا في الطلاق والله اعلم

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت اليه، وهي ثابتة بالسنة والاجماع اما السنة فما روي عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت

في رجل له إخوة في أرض غصب يزورهم ويراودهم على الخروج فان أجابوه وإلا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم

ونقل المرذوي عنه أكره المشي على العبّارة التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشي عليها، قال أحمد لا يدفن في الارض المغصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير إذنهم وقال أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم رجع إلى الموضع الذي أخذه منه فرده وروي عنه أنه قال يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرما ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنعهم القعود فقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق الا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس اليها أكره الشراء منها. قال شيخنا وهذا على سبيل الورع ان شاء الله تعالى لما فيه من الاعانة على فعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صحت الصلاة في الدار المغصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب وأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والغاصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته انما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الغاصب الاول لانه ربما طالب بها فادعاها ملكا باليد والا فالواجب ردها على مالكها وقد صرح بهذا في رواية عبدالله في رجل استودع رجلا الفا فجاء رجل الى المستودع فقال ان فلانا غصبني الالف الذي استودعكه وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

باب الشفعة

وهي استحقاق الانسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها وهي ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فاروى جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة متفق عليه ولمسلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به وللبخاري: انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الاجماع

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. متفق عليه ولمسلم قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو احق به. وللبخاري: أنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . واما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض او دار أو حائط .والمعنى في ذلك ان احد الشريكين اذا اراد ان يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه ولا نعلم احدا خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة لان في ذلك اضرارا بارباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه و يتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والاجماع المنعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين (احدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة ان يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج فان الشفيع كان نصيبه منفردا في ملكه فبالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفيع يزيد المبيع في ملكه

فقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه. قال شيخنا ولا نعلم أحداً خالف هذا الا الأصم فانه قال لا تثبت الشفعة فان في ذلك اضراراً بارباب الاملاك فان المشتري اذا علم أنه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا الذي ذكره ليس بشيء لمخالفته الاحاديث الصحيحة والاجماع المنعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) أنه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة ، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج فان الشفيع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفيع يزيد المبيع في ملكه

(مسئلة) ولا يحل الاحتيال على اسقاطها فان فعل لم يسقط نص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في ابطال حق مسلم

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم (ولا تجب الشفعة الا للشريك المقاسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

وجملة ذلك ان الشفعة تثبت على خلاف الاصل اذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاء منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الاصم لكن اثبتها الشرع لمصلحة راجحة فلا تثبت الا بشروط أربعة (احدها) أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلا شفعة له وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبدالعزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وابو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبدالرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة، وقال العنبري وسوار تثبت بالشركة في المال وبالشركة في الطريق، واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بصقبه(١) »رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الاصل بالصاد وفي صحيح البخارى بالسين ومعناه القرب يعني ان الجار بسبب قربه أحق بالشفعة

وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني، وقال عبدالله بن عمر من يخدع الله يخدعه، ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه مثل أن يشتري شيئاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف أو يشتري شقصاً بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا فان وقع ذلك من غير تحيل سقطت الشفعة، وان تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو قيمته ان لم يكن مثلياً اذا كان الثمن موجوداً فان لم يوجد دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لو يكن حيلة

قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بداره ينتظر به اذا كان غائبا اذا كان طريقهما واحد» وقال حديث حسن ولانه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة» وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب - أو عن أبي سلمة او عنهما - قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اذا قسمت الارض وحدت فلا شفعة فيها» رواه ابو داود ولان الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الاصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو ان الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة الى مقاسمته أو يطالب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج الى احداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فان الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر

كوفية نازح محلتها * لاأمم دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقية الاحاديث في أسانيدها مقال فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث. قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي رويناه وما عداه من

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرساً بين فرسين ولا يأمن ان يسبق فليس بقمار وان امن أن يسبق فهو قمار» رواه ابو داود وغيره فجعل ادخال الفرس المحلل قماراً في الموضع الذي يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جعلا مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل ان يأخذ سبقهما وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المعنى فيها فاستدل اصحابنا بما روى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لعن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه» متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا ومايخدعون الا انفسهم ومايشعرون) والحيل مخادعة وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلهم فانه روي عنهم انهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعوها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فمسخهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قيل يعني به امة محمد صلى الله عليه وسلم أي ليتعظ بذلك امة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل فعل المعتدين ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ لا تحل الخديعة لمسلم ولان الشفعة وجبت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كما لو اسقطها المشتري عنه بالوقف

الاحاديث فيها مقال على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الشاعر

أجارتنا بيني فانك طالقه * كذاك أمور الناس غادوطارقه

قال الاعشى وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج قال حمل بن مالك كنت بين جارتين لي فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً

إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أومشتركة قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب اذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال في رواية أبي طالب وعبدالله ومثنى فيمن لايرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يحلف انما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه قال القاضي انما هذا لان يمين المنكر ههنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد ههنا على الورع لا على التحريم لانه يحكم ببطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى

(فصل) الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضا لانها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين (أحدهما) تثبت فيه الشفعة تبعا للارض وهو البناء والغراس يباع مع الارض فانه يؤخذ بالشفعة تبعا للارض بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من اثبت الشفعة خلافا وقد دل عليه

والبيع ، وفارق مالم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولا فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنيته وحاله ، اذا ثبت هذا فان الغرر في الصورتين الاولين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه الفاً فربما طالبه بها فلزمه في ظاهر الحكم ، وفي الثالثة الغرر على البائع لانه اشترى عبداً يساوي مائة بألف ، وفي الرابعة الغرر على المشتري لانه اشترى شقصاً قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادىء منهما بالهبة لانه قد لا يهب له الآخر شيئاً فان خالف أحدهما ما تواطآ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً فاما مابينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الأخذ بخلاف ما تواطآ عليه لان صاحبه إنما رضي بالعقد للتواطؤ فمع فواته لا يتحقق الرضى به

(مسئلة) (ولا تثبت إلا بشروط خمسة أحدها أن يكون مبيعاً فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال) كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول الاكثرين منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي إلا أنه حكي عن مالك رواية أخرى ان الشفعة تجب في المنتقل بهبة أو صدقة ويأخذه الشفيع بقيمته وحكي عن ابن أبي ليلى لان الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة وهو موجود في الشركة كيفما كان ولان الضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على

قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والاشجار (القسم الثاني) مالا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الارض فانه لا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس. ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضى المشتري فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لانها تتبع في البيع فأشبهت الغراس في الارض وأما مابيع مفردا من الارض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس اذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والاوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة واسحاق لا شفعة في المنقولات واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان ومافي معنى ذلك، قال ابو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والغراس وان بيع مفرداً وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام

شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته اليه فانتزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه

ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولان محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لان الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل اليه به ولا يمكن هذا في غيره ولان الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين)

المنتقل بعوض على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال والهبة المشروط فيها ثواب معلوم لان ذلك بيع يثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا لان الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا أنه تملكها بعوض هو مال فلم يفتقر الى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ماقالوه من اعتبار لفظ الهبة لان العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فانه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (الضرب الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن

«الشفعة فيما لم يقسم» ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم ابلغ منه فيما ينقسم ولان ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال « الشفعة في كل شيء »

ولنا أن قول النبي ﷺ « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض بدليل قوله « فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » ولان هذا مما لا يتباقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها، والحكم في الغراف(١) والدولاب والناعورة كالحكم في البناء. فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار ولان هذا مما لا ينقسم على ما سنذكره ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيه تبعها، وان بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فان كان السقف الذي تحته لصاحب السفل فلا شفعة في العلو لانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء منفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لان له قرارا فهو كالسفل

(فصل) (الشرط الثالث) أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة والطريق الضيقة والعراص الضيقة فعن أحمد فيها روايتان (احداهما) لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعي (والثانية) فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة

١) بتشديد الراء

بجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه في ظاهر كلام الخرقي لانه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع اختاره أبو بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره ، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه عقار مملوك بعقد معاوضة أشبه البيع. ووجه الاول أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يمتنع أخذه بمهر المثل لانا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الاجانب وأضررنا بالشفيع لان مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة ويمتنع أخذه بالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه، وفارق البيع فانه أمكن الاخذ بعوضه ، فان قلنا يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لانه موجود في يدها بصفته وان طلق بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كما لو باعته وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) يقدم حق الشفيع لانه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق (والثاني) حق الزوج مقدم لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع . فاما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بعيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أورده لغبن

والثوري وابن سريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما يقسم » وسائر الالفاظ العامة ، ولان الشفعة ثبتت لازالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب في رءوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل ولان اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمتنع المشتري لاجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة انما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم ان الضرر ههنا أكثر لتأبده ، قلنا الا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة الى احداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق. فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث اذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حماما فان الشفعة تجب فيه، وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيآن كالبئر ينقسم بئرين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة، وكذلك ان كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في احد النصيبين وجبت الشفعة أيضا لانه تمكن القسمة وهكذا الرحى ان كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في احد

وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة ، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء، وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الأخذ بها

(فصل) فاذا جنى جنايتين عمداً وخطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجبه أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع ، وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان الاخذ بها تبعيض للصفقة على المشتري

ولنا أن مقابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيما يجب دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً، وبهذا الاصل يبطل ما ذكره قال شيخنا وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا ما لا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسئلة الشقص والسيف واما إذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضا عن مال .

﴿ مسئلة ﴾ (الثاني أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار فيقسم فاما المقسوم المحدود فلا شفعة لجاوره فيه)

القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل واحد منهما بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يمكن الا بأن يحصل لكل واحد منهما مالم يتمكن من إبقائها رحى لم تجب الشفعة. فأما الطريق فان الدار اذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لانه لا شركة لاحد في ذلك، وان كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضا لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى لا طريق لها، وان كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان ممراً لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان تمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشتري وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكا في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهليز الجار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وان كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لان في ثبوتها تبعيض صفقة المشترى ولا يخلو من الضرر

(فصل) (الشرط الرابع) أن يكون شقصاً منتقلا بعوض وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن

وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيي الانصاري وأبو الزناد وربيعة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، قال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركا كالدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة وقال العنبري وسوار تثبت بالشركة في الملك وبالشركة في الطريق واحتجوا بما روي أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الجار أحق بصقبه» رواه البخاري وأبو داود وروي الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الترمذي في حديث جابر «الجار احق بشفعته بداره ينتظر به اذا كان غائباً اذا كان طريقهما واحداً» وقال حديث حسن ولانه إيصال بملك يدوم ويتأبد فثبتت الشفعة به كالشركة -

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه البخاري وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اذا قسمت الارض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولان الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الاصل لمعنى معدوم في محل النزاع

مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أوصدقة أن فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بقيمته وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لان الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة وهـذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري لان اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه فانتزاعه منه اعظم ضرراً من اخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه. ولنا انه انتقل بغير عوض اشبه الميراث ولان محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معنـاه لان الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به اليه ولا يمكن هذا في غيره ولان الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمتـه وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا . فاما المنتقل بعوض فينقسم قسمين (أحدهما) ماعوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر فان باع ولم يؤذنه فلو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنايات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لان ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي الا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا لان الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار

ولنا أنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر الى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ماقالوه من اعتبار لفظ الهبة لان العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فانه

فلا تثبت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمـة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم ، فأما حـديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فان الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر

* كوفيه نازح محلتها لاأمم دارها ولا صقب *

فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك ، وخبرنا صحيح صريح فيقدم وبقية الأحاديث في أسانيدها مقال فحديث سمرة يرويه عن الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث قال ابن المنذر الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناه وما عداه من الأحاديث فيها مقال، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج ، قال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت احداها الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً . إذا ثبت هـذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجـل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقعت الحدود فلا شفعة . وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحا كم فأنكر لم يحلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه،

ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (القسم الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره ، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي . ثم اختلف بم يأخذه فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمته قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الاجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد ان كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي والشافعي لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بعرض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع

ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز الاخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه ، ولانه ليس له عوض يمكن الاخذ به فأشبه الموهوب والموروث ، وفارق البيع فانه أمكن الاخذ بعوضه فان قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لانه موجود في يدها بصفته

قال القاضي إنما قال هذا لأن عين المنكر ههنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام احمد ههنا على الورع لا على التحريم لانه لم يحكم ببطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى

(فصل) ولا تثبت الشفعة فيما لا تجب قسمته كالحمام الصغير والبئر والطرق الضيقة والرحى الصغيرة والعضادة والعراص الضيقة في إحدى الروايتين عن احمد وبه قال يحيي الانصاري وسعيد وربيعة والشافعي . والثانية فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح ، وعن مالك كالروايتين لقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » وسائر النصوص العامة ولأن الشفعة تثبت لازالة ضرر المشاركة ، والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رءوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا نخل ، ولان إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لانه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمتنع المشتري لاجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها الى نفيها ويمكن أن يقال ان الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، قولهم ان الضرر ههنا أكثر لتأبده قلنا إلا أن الضرر في محل الوفاق من

وان طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كما لو باعته، وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) حق الشفيع مقدم لان حقه أسبق لانه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق (والثاني) حق الزوج أولى لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع فأما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه وكذلك ان جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بعيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الاخذ بها

(فصل) واذا جنى جنايتين عمداً وخطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها إن موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجبه أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان في الاخذ بها تبعيض الصفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ماتجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصا وسيفاً وبهذا الاصل

غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق، فاما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع بحيث اذا قسم لا يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حماما فان الشفعة تجب فيه وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبئر يقسم بئرين يرتقى الماء منهما وجبت الشفعة أيضاً لانه يمكن القسمة وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجران في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد منهما بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منهما ما لا يتمكن به من ابقائها رحى لم تجب الشفعة، فاما الطريق فان الدار اذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في الدار ولا الطريق لانه لا شركة لأحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى ذلك الطريق فلا شفعة أيضاً لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى بلا طريق، وان كان للدرب باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى الطريق النافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان ممراً لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيها الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال.

يبطل ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه الا مالا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسئلة الشقص والسيف، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضا عن المال

(فصل) ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما او لأحدهما وحده أيهما كان وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائع أولهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ والزام البيع في حقه بغير رضائه ولان الشفيع انما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة مايقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيبا وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع فاننا انما منعنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتفويت حق الرجوع عليه في

لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الأخذ بالشفعة من تفريق صفقته وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكا في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها، والقول في دهليز الدار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، وان كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي ان الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع، والصحيح انه لاشفعة فيه لان في ثبوتها تبعيض صفقة المشتري ولايخلو من الضرر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب فيما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في احدى الروايتين الا أن الغراس والبناء يؤخذ تبعاً للارض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعاً في احد الوجهين)

وجملة ذلك أن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً لانها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها وغيرها ينقسم قسمين

(أحدهما) تثبت فيه الشفعة تبعاً للارض وهو البناء والغراس يباع مع الارض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافا، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والاشجار

(القسم الثاني) مالا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة ويباع مع الارض فلا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله، وقد ذكر أصحابنا وجها مثل قولهما لانه متصل بما فيه الشفعة فثبتت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس

عين مالهما وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فانه انما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فان باع الشفيع حصته في مدة الخيار عالما ببيع الاول سقطت شفعته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشتري الاول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر انه يثبت للبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منهما وان باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لان ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على تخريج أبي الخطاب ان لا تسقط شفعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الاول وللمشتري الاول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من مشتريه لانه كان شريكا للشفيع حين بيعه

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام اذا باع بثمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا أنه انما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالاجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ما له لا يمنع التصرف في ذمته، فاما بيعه بالمحاباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فان كان لوارث بطلت المحاباة لانها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر المحاباة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري بذل الثمن في كل المبيع

ولنا انه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، يحقق ذلك ان الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضى المشتري، فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لانها تبع في البيع فأشبهت الغراس في الارض فان بيع ذلك مفرداً فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس اذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والاوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة واسحاق لا شفعة في المنقولات، واختلف فيه عن عطاء ومالك فقالا مرة كذلك ومرة قالا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى ان الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجر والسيف والحيوان وما في معنى ذلك قال أبو الخطاب وعن احمد ان الشفعة تجب في البناء والغراس وان بيع منفرداً وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما لم يقسم » ولان الشفعة وجبت لدفع الضرر والضرر فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم وقد روى ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الشفعة في كل شيء »

ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض لقوله « فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق »

فلم يصح في بيعه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة، ولانه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كتفريق الصفقة الثاني أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى وللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لان البطلان انما جاء من المحاباة فاختص بما يقابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك المحاباة له فان أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الاخذ به لانه يأخذ بالثمن وان ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثة وردهم لان حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب اذا رضيه الشفيع بعيبه (القسم الثاني) اذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبي فان لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً وان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثا ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لان المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني)

ولان هذا مما لا يتباقى ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام وحديث ابن أبي مليكة مرسل ولم يرو في الكتب الموثوق بها والحكم في الغراف والدولاب والناعورة كالحكم في البناء، فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار فيه من الخلاف ما ذكرناه لانه مما لا ينقسم ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها، وان بيعت حصة من علو دار مشترك وكان السقف الذي تحته لصاحب السفل فلا شفعة في العلو لانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء مفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة فيه لان له قراراً أشبه السفل

﴿ فصل﴾ (الشرط الثالث المطالبة بها على الفور ساعة يعلم نص عليه ، وقال القاضي له طلبها في المجلس وان طال فان أخر الطلب سقطت شفعته)

ظاهر المذهب ان حق الشفعة على الفور ان طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهو قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وابي حنيفة والعنبري والشافعي في جديد قوله وعن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي لا تسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضى بعفو أو مطالبة بقسمة ونحوه وهو قول مالك وقول الشافعي الأ أن مالكاً قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم انه تارك لها لان هذا الخيار لاضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص، وبيان عدم الضرر ان النفع للمشتري باستغلال المبيع فان أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس

يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لانا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا الى الى اثبات حتى الوارث في المحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا،ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين والثالث) أن البيع باطل من أصله لانضائه الى إيصال المحاباة الى الوارث وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل ببطلان فرع له،وعلى الوجه الاول ماحصلت للوارث المحاباة إنما حصلت لغيره ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبه هبة غريم الوارث (الوجه الرابع) ان للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لان المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ماكان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لاشفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحاباة وهذا فاسد لانها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالايجاب في البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لانه نقل الملك عن

فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري ان الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي لان الثلاث حدها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار

ولنا ماروى ابن السلماني عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشفعة كحل العقال » رواه ابن ماجه وفي لفظ « الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الشفعة لمن واثبها » رواه الفقهاء في كتبهم ولانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب لان اثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها،والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه،والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب. اذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول القاضي وبه قال أبو حنيفة فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وان طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد،وظاهر كلام أحمد انه لا يتقدر بالمجلس بل متى طالب عقيب علمه والا بطلت شفعته وهو ظاهر كلام الخرقي وقول الشافعي في الجديد لما ذكرنا من الخبر والمعنى،وماذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب ،فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته وان أخرها لعذر مثل أن أن لا يعلم أو يعلم ليلا فيؤخر الى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو أخرها لطهارة أو اغلاق

مالكه الى غيره قهراً فافتقر الى حكم الحاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب وما ذكروه ينتقض بهذا الاصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولانه مال يتملكه قهراً فملكه بالاخذ كالغنائم والمباحات وباللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فانتقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك بالمطالبة بمجردها لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة ولوجب أنه اذا كان له شفيعان فطلبا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه . اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع وان كان الثمن مجهولا أو الشقص لم يملكه بذلك لانه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فياخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(فصل) واذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وان كان في يد البائع أخذه منه وكان كأخذه من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع

باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته لان العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الاحوال فيمكنه مطالبته من غير اشتغاله عن اشغاله فان شفعته تبطل بتركه المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه فاما مع غيبته فلا فان العادة تقديم هذه الاشياء فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ويحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لانه طلب بحكم العادة ، واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا لقيه بدأه بالسلام لان ذلك السنة لان في الحديث « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه » ثم يطالب فان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته لان ذلك يتصل بالسلام فهو من جملته والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا فان اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمنا

﴿مسئلة﴾ (الا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب ثم ان اخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه أو ترك الاشهاد أو لم يشهد لكن سار في طلبها فعلى وجهين)

متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد على المطالبة فلم يفعل بطلت شفعته سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام هذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وهو ظاهر قول الخرقي وهو وجه

العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كما لو قبضه المشتري وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الشفيع يشتري الشقص من المشترى فلا يأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فاذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة

(فصل) اذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان (أحدهما) للشفيع الاخذ بالشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) ليس له الاخذ بها ونصره الشريف أبوجعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لان الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع انما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه ووجه الاول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فانكر أحدهما ولانه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لان القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لان مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة، فان قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا ادفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله فهل لا قلتم ههنا كذلك؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وههنا

للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر انه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه

ولنا انه قد يترك الطلب للعذر وقد يتركه لغيره وقد يسير لطلب الشفعة ويسير لغيره وقد قدر على أن يبين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك الطلب مع الحضور وقال القاضي ان سار عقيب علمه الى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتمل ان لا تبطل شفعته لان ظاهر سيره انه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والعنبري وقول للشافعي وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يطلب أو يبعث بطلت شفعته وقال العنبري له مسافة الطريق ذاهبا وجائيا لان عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة وقد ذكرنا وجه القول الاول

(فصل) فان أخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه فظاهر كلام الخرقي ان الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل اذا قدر على المسير وأخره وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضا لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي، الا أن لهم فيما اذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (أحدهما) لا تبطل شفعته لان له غرضا في المطالبة بنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بان يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذورا

ولنا أن عليه في السفر ضررا لا لتزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته

بخلافه ولان البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضا عن هذا المبيع فصار كالنائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالنائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فان كان البائع مقرا بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لان البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا استحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري اما أن تقبضه واما أن تبرىء منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشترى دفع اليه لانه لاحدهما وان تداعياه جميعاً فأقر المشترى بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئا فهو للمشتري لان البائع قد أقر له به ولان البائع اذا أنكر القبض لم يكن مدعيا هذا الثمن لان البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً انما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فانه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه اليه

﴿مسئلة﴾ (قال ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له)

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وأبي حنيفة والعنبري والشافعي في أحد قوليه وحكي عن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي

والتوكيل ان كان بجعل لزمه غرم وان كان بغير جعل ففيه منة ويخاف الضرر من جهته فاكتفي بالاشهاد فاما ان ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً لانه معذور فهو كمن لم يعلم

(فصل) تجب الشفعة للغائب في قول الاكثرين منهم مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلي والبتي الا للغائب القريب لان اثباتها يضر بالمشتري ويمنع استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت كما لا يثبت للحاضر على التراخي

ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الاحاديث ولان الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة الى الغائب فيثبت له كالارث ولانه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر اذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يندفع بايجاب الثمن له كما في الصور المذكورة. اذا ثبت هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لانه خيار ثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه ان طالب على الفور استحق والا بطلت شفعته، وحكم المريض والمحبوس ومن لم يعلم بالبيع حكم الغائب لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (فان ترك الطلب والاشهاد لعجزه عنهما كالمريض والمحبوس ومن لا يجد من يشهده لم تبطل شفعته)

أما إذا كان مرضه لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والالم القليل فهو كالصحيح ، وان كان المرض

لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك وهذا قول مالك وقول الشافعي الا أن مالكا قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها لان هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وان أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو قول الشافعي لان الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حداً لهذا الخيار والله أعلم

ولنا ماروى ابن السلماني عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله (ص) «الشفعة كحل العقال - وفي لفظ أنه قال - الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها» وروي عن النبي (ص) أنه قال «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء في كتبهم لانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولان إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لايستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، واذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول أبي حنيفة فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل، ان القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد . وظاهر كلام الخرقي انه لايتقدر بالمجلس بل متى بادر

يمنع المطالبة كالحبس وأشباهها فهو كالغائب في الاشهاد والتوكيل ، وأما المحبوس فان كان حبس ظلماً أو بدين لايمكنه أداؤه فهو كالمريض وان كان محبوساً بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه فهو كالمطلق إن لم يبادر الى المطالبة ولم يوكل بطلت شفعته

(فصل) فان عجز عن الاشهاد في سفره لم تبطل شفعته بغير خلاف لانه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذر أو لعدم العلم ،ومتى قدر على الاشهاد فأخره كان كتأخير الطلب بالشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة وان كان لغير عذر سقطت لان الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب ،ومن لم يقدر الا على اشهاد من لاتقبل شهادته كالمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفعته بتركه لان قولهم غير مقبول فلم تلزم شهادتهم كالاطفال والمجانين، وان لم يجد من يشهده الا من لايقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شفعته لا تبطل لان اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لاتقبل شهادته ، وان لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدهما احتمل ان تبطل لان شهادتهما يمكن اثباتها بالتزكية فاشبها العدلين ، ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لايقدر على ذلك فلا تقبل شهادتها فان أشهدهما لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتها أو لم تقبل لانه لا يمكنه أكثر من ذلك فاشبه العاجز عن الاشهاد وكذلك ان لم يقدر إلا على اشهاد واحد فاشهده أو ترك اشهاده

فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعي لما ذكرنا من الخبر والمعنى. وما ذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته، وان أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلا فيؤخره الى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو اغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته لان العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الاحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فان شفعته تبطل بتركه المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لانه طلب بحكم العادة. واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا لقيه بدأ بالسلام لان ذلك السنة وقد جاء في حديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه» ثم يطالب وان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته لان ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملته والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضى. وان اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمنا

(فصل) فان أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعته سواء كان المخبر ممن يقبل

(مسئلة) (أو لاظهارهم زيادة في الثمن أو نقصاً في المبيع أو ان المشتري غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه أو قال للمشتري بعني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفعته)

اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع عليه العقد فترك الشفيع الشفعة لم تبطل بذلك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك الا أنه قال بعد أن يحلف ماسلمت الشفعة الا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لاشفعة له لانه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للعذر فانه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد يعجز عن الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم وكذلك ان ظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة لانه قد يرغب في الكثير دون القليل وكذلك ان كان بالعكس لانه قد يقدر على ثمن القليل دون الكثير أو انهما تبايعا بدنانير فبانت بدراهم أو بالعكس وبه قال الشافعي وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحباه ان كان قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان أشبها الثياب والحيوان ولانه قد يملك النقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه له وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس أو بنوع من العروض فبان أنه بغيره أو أظهر أنه اشتراه له فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس أو انه اشتراه لانسان فبان أنه اشتراه لغيره لانه قد يرضى بشركة إنسان دون غيره وقد يحابي أنسانا أو يخافه

خبره أو لا يقبل لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه .وان قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعته لان قولهما حجة تثبت بها الحقوق . وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفعته . وحكي عن أبي يوسف انها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبه قول الطفل والمجنون وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعته ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البينة .

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية . وفارق الشهادة فانه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وانكاره ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر والمرأة في ذلك كالرجل والعبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولهما لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والاخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبه الحر

(فصل) اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك

فيترك لذلك، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لانه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه . فأما ان أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه باكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت شفعته لان الضرر فيما أبطنه أكثر فاذا لم يرض بالثمن القليل مع قلة ضرره فبالكثير أولى

(فصل) فان أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعته سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أولا لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه وان قال لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعته لان قولهم حجة تثبت بها الحقوق ، وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع أشبه قول الطفل والمجنون، وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعته ، ويحتمل ان لا تسقط يروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البينة .

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة الا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لانه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للعذر فانه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك ان أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو أظهر أنهما تبايعا بدنانير فبان أنها دراهم أو بدراهم فبانت دنانير وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه ان كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان فاشبها الثياب والحيوان ولانه قد يملك بالنقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه، وكذلك أن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بعرض فبان أنه بنقد أو بنوع من العرض فبان أنه بغيره أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه له أو أنه اشتراه لانسان فبان أنه اشتراه لغيره لانه قد يرضى شركة إنسان دون غيره وقد يحابي إنسانا أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو انه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه هو أوغيره أو أنه اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لانه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه، فاما ان أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو انه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية، وفارق الشهادة فانه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة كالرجل في ذلك والعبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولهما لا يثبت به حق

ولنا ان هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والاخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداهما فأشبه الحر

(مسئلة) (وان قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفعته)

لانه يدل على رضاه بشرائه وتركه الشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضاً وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي لا تسقط لانه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعني فلم يبعه ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن ازالة ملك فجاز كاخذ العوض عن تمليك المرأة أمرها

شفعته لان الضرر فيما أبطنه أكثر فاذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة فانها لاتقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم اذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لانها خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسيانا ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لانه تركها لعذر فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وان تركها جهلا باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب

(فصل) واذا قال الشفيع المشتري بعني مااشتريت أو قاسمني بطلت شفعته لانه يدل على رضاه بشرائه وتركه للشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضاً وقال القاضي لا تسقط لانه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فيثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعني فلم يبعه ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يبطل ما قاله. وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض وههنا بخلافه

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال انما تركت المطالبة لاطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لآخذ الشقص فى موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لانه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل ان لا تسقط المطالبة لانه تركها لعذر فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وإن تركها جهلا لاستحقاقه لها اذا كان مثله يجهل ذلك بطلت كالرد بالعيب ويحتمل ان لا تبطل كما اذا ادعت المعتقة الجهل بملك الفسخ

(مسئلة) (وان دل في البيع لم تبطل شفعته) لان ذلك لا يدل على الرضى باسقاطها بل لعله أراد البيع ليأخذ بالشفعة

(مسئلة) (وان توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء توكل للبائع أو للمشتري)

ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف المشتري وقال

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط ويبطل ما قاله بخيار الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ما ملكه بعوض وههنا بخلافه

(فصل) وان قال آخذ نصف الشقص سقطت شفعته وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه ببعضها طلب بجميعها لكونها لا تتبعض ولا يجوز أخذ بعضها

ولنا انه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيها لانها لا تتبعض ولا يصح ماذكره فان طلب بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالنكاح، ويخالف السقوط فان الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والعتاق

(فصل) وان أخذ الشقص بثمن مغصوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفعته لانه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبه ما لو أخر الثمن أو كما لو اشترى شيئاً آخر ونقد فيه ثمناً مغصوباً (والثاني) تسقط شفعته لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالما بذلك سقطت شفعته لانه لم يبق له ملك يستحق به ولان الشفعة تثبت له لازالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه، وإن باع بعضه ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لانها استحقت بجميعه فاذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق

أصحاب الرأي لا شفعة لوكيل المشتري بناء على أصلهم ان الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه

ولنا انه وكيل فلا تسقط شفعته كالاجر ولا نسلم ان الملك ينتقل الى الوكيل بل ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى الوكيل لما ثبت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضيا بتصرفه فلم يؤثر كما لو وكله في الشراء من نفسه، فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(مسألة) (وان جعل له الخيار فاختار امضاء البيع فهو على شفعته)

اذا شرط للشفيع الخيار فاختار امضاء العقد أو ضمن العهدة للمشتري فالشفعة بحالها وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم به فأشبه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه

ولنا ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالاذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع وماذكروه لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(مسألة) (وان أسقط شفعته قبل البيع لم تسقط ويحتمل أن تسقط)

اذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك

الشفعة فيسقط باقيها لانها لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالنكاح والرق وكما لو عفي عن بعضها (والثاني) لا تسقط لانه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك اذا بقي وللمشترى الاول الشفعة على المشترى الثاني في المسئلة الاولى وفي الثانية اذا قلنا تسقط شفعة البائع الاول لانه شريك في المبيع وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشترى الاول، وهل للمشترى الاول شفعة على المشترى الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لانه شريك فان الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماءه وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لان ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه والاول أقيس فان استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد. فعلى هذا للمشترى الاول الشفعة على المشترى الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني اذا باع بعض الشقص الاخذ من المشترى الاول في أحد الوجهين، فأما ان باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الاول فقال القاضي تسقط شفعته أيضا لما ذكرناه ولانه زال السبب الذى يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيبا فلم يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما اذ باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفعته

لم تسقط وله المطالبة بها في ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي والبتي وأصحاب الرأي، وعن أحمد مايدل على ان الشفعة تسقط بذلك فان إسماعيل بن سعيد قال قلت لاحمد ما معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم «من كان بينه وبين أخيه ربعة فأراد بيعها فليعرضها عليه» وقد جاء في بعض الحديث «لا يحل له الا أن يعرضها عليه اذا كانت الشفعة ثابتة» فقال ما هو ببعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له شفعة وهذا قول الحكم والثوري وابي خيثمة وطائفة من أهل الحديث، قال ابن المنذر وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفعته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان له شركة في أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك » ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم « وان شاء ترك » فلا يكون لتركه معنى ولان مفهوم قوله « فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به » انه اذا باعه باذنه لا حق له ولان الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الاصل لكونه يأخذ ملك المشترى بغير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بادخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فانه قد عرضه عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه فان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع . ووجه الاول انه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو ابرأه مما يجب له أو لو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وأما الخبر فيحتمل انه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك ان أراد فتخف عليه المؤنة

لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على اسقاطها والاصل بقاؤها فتبقى، وفارق ما اذا علم فان بيعه دليل على رضاه بتركها ، فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفي عنه فللمشتري الاول أخذ الشقص من المشتري الثاني وان أخذ منه فهل للمشترى الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كان غائبا وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وان طالت غيبته)

وجملة ذلك أن الغائب له شفعة فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثورى والاوزاعي والشافعي والعنبرى وأصحاب الرأى، وروى عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلي والبتي الا للغائب القريب لان اثبات الشفعة له يضر بالمشترى ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخي . ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الاحاديث ولان الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة الى الغائب فيثبت له كالارث ولانه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر اذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشترى يندفع بايجاب القيمة له كما فى الصور المذكورة . اذا ثبت هذا فانه اذا لم يعلم بالبيع الا وقت قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لان هذا الخيار يثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب

ويكتفي أخذ المشترى الشقص لاسقاط حقه من شفعته

﴿مسئلة﴾ (وان ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ له لم تسقط وله الاخذ بها اذا كبر وان تركها لعدم الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد وقال القاضي يحتمل أن لا تسقط)

إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعنبري واصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري ، وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ كالاجنبي

ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ ممنوع فان الولي يأخذ بها كما يرد بالعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلا للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع ولان العفو إسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه ،فان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب،وبه يبطل ماذكروه من الضرر في الانتظار. اذا ثبت هذا فان الصغير اذا كبر فله الاخذ بها في ظاهر قول الخرقي سواء عفا

ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه ان طالب على الفور استحق والا بطلت شفعته وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (وان علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له)

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفعته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب في الغائب له الشفعة اذا بلغه أشهد وإلا فليس له شيء وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه

ولنا أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك الطلب مع حضوره، وقال القاضي ان سار عقيب علمه الى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته لان ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والعنبري وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفعته وقال العنبري له مسافة الطريق ذاهباً أو جائياً لان عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الخرقي ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الاشهاد في سفره أن شفعته لا تسقط لانه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب

عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له الحظ فيها أو لم يكن فلم تسقط بترك غيره كالغائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال ابن حامد ان تركها المولى لحظ الصبي أو لانه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ماله فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولانه فعل ما للصبي فيه حظ فصح كالاخذ مع الحظ، وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبوحنيفة تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه اسقط حقاً للمولي عليه ولا حظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء وخيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك لان للمالك التبرع والابراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ فى الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بثمن المثل وللصبي ما يشتري به العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك العفو عنها ولا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي اذا كبر، وهذا لا يصح لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملكه الولي كالرد بالعيب

لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الاشهاد فأخره كان كتأخير الطلب للشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة وان كان لغير عذر سقطت لان الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفعته بتركه لان قولهم غير معتبر فلم يلزم اشهادهم كالاطفال والمجانين، وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شفعته لا تبطل لان اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته فان لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدهما احتمل أن تبطل شفعته لان شهادتهما يمكن اثباتها بالتزكية فأشبها العدلين ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وان أشهدهما لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الاشهاد وكذلك ان لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشهده أو ترك اشهاده

(فصل) اذا أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الخرقي أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل شفعته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (احدهما) لا تسقط شفعته لان له غرضا بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً

وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ للصبي فللصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي غرم لذلك لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل مالا حظ للصبي فيه، فان أخذ لم يصح في احدى الروايتين ويكون باقياً على ملك المشتري لانه أشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيباً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فانه يقع باطلا ولا يصح لواحد منهما كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي (والثانية) يصح الاخذ للصبي لانه اشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيبا لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة أو لان الضرر الذي يندفع باخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الايتام فباع لاحدهم نصيباً في شركة الآخر فله الاخذ للآخر بالشفعة لانه

ولنا أن عليه في السفر ضرراً لالتزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته والتوكيل ان كان بجعل لزمه غرم وان كان بغير جعل لزمته منة ويخاف الضرر من جهته فا كتفى بالاشهاد. فأما ان ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً لانه معذور فأشبه من لم يعلم وان لم يقدر على الاشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفعته لانه تارك للطلب بها مع امكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً

(فصل) ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والالم القليل فهو كالصحيح وان كان مرضاً يمنع المطالبة كالحمى وأشباهها فهو كالغائب في الاشهاد والتوكيل وأما المحبوس فان كان محبوساً ظلماً أو بدين لا يمكنه أداؤه فهو كالمريض فان كان محبوساً بحق يلزمه أداؤه وهو قادر عليه فهو كالمطلق ان لم يبادر الى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لانه تركها مع القدرة عليها

﴿مسألة﴾ قال (فان لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فان طالب الاول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)

وجملة ذلك أن المشتري اذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه فتصرفه صحيح لانه ملكه وصح قبضه له ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو

كالشراء له، وان كان الوصي شريكا لمن باع عليه فليس له الاخذ للتهمة في البيع ولانه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه، ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة مع الحظ لليتيم لان التهمة منتفية فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافقه ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به، فان رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حينئذ لعدم التهمة، فان كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده فله الاخذ بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة، وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الاخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تمليكه بغير الوصية فاذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها اذا قدم، فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر بحاله لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء، وان صار فيها حظ أو كان معسرا عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت مطلقا فهو كما لو عفا الكبير عن شفعته

كان أحد العوضين في البيع معيباً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه، فمتى تصرف فيه تصرفا صحيحا تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشفيع بالخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بما شاء منهما، وان تبايع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الاول وينفسخ العقدان الأخيران وله أن يأخذه بالثاني وينفسخ الثالث وحده وله أن يأخذه بالثالث ولا ينفسخ شيء من العقود، فاذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لانه وصل اليه الثمن الذي اشترى به وان أخذ من الثاني الثمن دفع اليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بثمنه على الثاني لانه أخذه منه ، وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانفسخ عقد عقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الاول بما أعطاه ، فاذا كان الاول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الثاني من الاول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافا وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي، وما كان في معنى

(فصل) والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفيه فاما المغمى عليه فحكمه حكم الغائب لانه لا ولاية عليه وكذلك المحبوس ، فعلى هذا ننتظر افاقته وأما المفلس فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر، وسواء كان له حظ في الاخذ بها أولم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فاشبه مالو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لانه مال له فأشبه مالو اكتسبه. وأما المكاتب فله الاخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده ، وكذلك المأذون له في التجارة من العبيد له الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفوه لان الملك للسيد ولم يأذن في ابطال حقوقه، فان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد أن يأخذ لان للسيد الحجر عليه ولان الحق قد أسقطه مستحقه فسقط باسقاطه

(فصل) (الشرط الرابع) أن يأخذ جميع المبيع فان طلب أخذ البعض سقطت شفعته وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لاتسقط لان طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونه لايتبعض ولا يجوز أخذ بعضها

البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى،ولان حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفا يبطل حقه،ولا يمتنع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين فانه اذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال العتق فالوقف أولى ، وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد اسقاط الشفعة فيما اذا تصرف بالوقف والهبة ، وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لان الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكا ، وقال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه اذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر،ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك فاذا

ولنا أنه تارك لطلب بعضها فتسقط ويسقط باقيها لانها لاتتبعض،ولايصح ماذكره فان طلب بعضها ليس بطلب جميعها ومالا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالنكاح بخلاف السقوط فان الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق

(فصل) فان أخذ الشقص بثمن مغصوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفعته لانه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة أشبه مالو أخر الثمن او ما لو اشترى شيأ آخر ونقد فيه ثمنا مغصوباً (والثاني) يسقط لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فسقطت الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(مسألة) (وان كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكيهما وعنه على عدد الرءوس) .

ظاهر المذهب ان الشقص المشفوع اذا اخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم اختاره ابو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعنبري واسحاق وابو عبيد وهو احد قولي الشافعي،وعن أحمد رواية ثانية انه يقسم بينهم على عدد الرءوس اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن النخعي والشعبي وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساووا كالبنين في الميراث وكالمعتقين في سراية العتق

ولنا انه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن والاب او

قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام وان قلنا بثبوتها فان الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه

ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة

(فصل) فان جعله صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح عن دم عمد انبني ذلك على الوجهين في الأخذ بالشفعة،فان قايل البائع المشتري أو رده عليه بعيب فللشفيع فسخ الاقالة والرد والاخذ بالشفعة لان حقه سابق عليها ولا يمكنه الأخذ معها،وان تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لان البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فاذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخهما ويأخذ لان حقه أسبق

(فصل) وان اشترى شقصاً بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لان في تقديم حق الشفيع اضراراً بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعة لاتثبت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فان الضرر لا يزال بالضرر

الجد وبالفرسان والرجالة في الغنيمة وباصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله عن دين احدهم أو الثلث عن وصية أحدهم،وأما الاعتاق فلنافيه منع وان سلم فلانه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع،واما البنون فانهم تساووا في السبب وهو البنوة فتساووا في الارث بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعاء في سهامهم، فاذا كانت دار بين ثلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع أحدهم فعلى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سهام الشفعاء فاذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد ففي هذه المسألة مخرج سهام الشركاء ستة فاذا باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثاً لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه وان باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعها وللآخر ربعها وان باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمساه هذا على ظاهر المذهب،وعلى الرواية الثانية ينقسم الشقص المشفوع بين الاخرين نصفين فاذا باع صاحب النصف قسم النصف بين الاخرين لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللاخر ربع وسدس وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللاخر الثلث وان باع صاحب السدس فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقدم حق الشفيع لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشقص عيباً فرده

ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان الشقص معيبا فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافترقا، فانلم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجنبي فان الشفعة بيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لانه بمنزلة التالف،والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبدفهل يتراجعان؟ فيه وجهان(أحدهما)لا يتراجعان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل ان البائع اذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً لانه انما أعطى عبداً معيباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى(والثاني)يتراجعان لان الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فاذا قلنا يتراجعان فايهما كانما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ،وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ ارشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء

(مسئلة) (فان ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر الا أن يأخذ الكل أو يترك)

وجملة ذلك أنه إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان فيأخذ البعض اضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر،ولان الشفعة انما تثبت على خلاف الاصل دفعاً لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الاصل فلا تثبت،وإنوهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو لغيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له الا أن يأخذ الكل أو يترك لانا لانعلم اليوم مطالبا سواه ولان في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره،ولايجوز تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير ضرراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفا فيبقى للاول لان المطالبة إنما وجدت منهما فان قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما ان أحب أو عفافيبقى للاولين،فان نما الشقص في يد الاول نماء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يدالمشتري قبل الاخذ بالشفعة

لانه إنما دفع اليه قيمة العبد غير معيب، وان أدى قيمته معيبا رجع المشترى عليه بما أدى من ارشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشا لم يرجع الشفيع عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشترى لا يملك فسخه فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وان عاد الشقص الى المشترى ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه الى القيمة فاذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئا لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدرعليه فانه يرده لان ملك المغصوب لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلا أو موزونا فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع فى مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) وان اشترى شقصا بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقا فالبيع باطل ولا شفعة فيه لانها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه ، فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك الا ببينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين، فان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد على

وكذلك اذا أخذ الثاني فما في يده نماء منفصلا لم يشاركه الثالث فيه، فان خرج الشقص مستحقاً فالعهدة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم هذا ظاهر مذهب الشافعي، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحباه أو قال آخذ قدر حقي ففيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المنفرد (والثاني) لا تبطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم النائب فينتزعه منه والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل مالو أظهر المشتري ثمناً كثيرافترك لذلك فبان خلافه، وان ترك الاول شفعته توفرت الشفعة على صاحبيه واذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول، فان أخذ الاول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الاول لانه لم يعف وإنما رد نصيبه بالعيب فأشبه ما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة

ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع الى المشترى بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

(فصل) واذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث وطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة فهو كانه مشارك حال القسمة لثبوت

صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم انه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر، وان أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من احكام البطلان في حق المتبايعين، فاما ان اشترى الشقص بثمن في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان الاخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمنا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه اياه صح البيع لان العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فان قيل وكيف تصح القسمة وشريكهما الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه به أو يكون الشريكان رفعا ذلك الى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقي الغائب على شفعته، فان قيل وكيف تصح مقاسمتهما للشقص وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف لانه لا يمنع بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع ابطاله كذا ههنا. اذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكيه غائباً أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لانه قدر ما يستحقه ثم ان حكم له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا وان لم يقض انتظر الغائب حتى يقدم لانه موضع عذر

(فصل) اذا أخذ الاول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل اقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعيض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الاول ويقسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فيضمه الى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين في تسعة يكن ثمانية عشر للثاني أربعة ولكل واحد من شريكيه سبعة ، وانما كان كذلك لان الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو السبع فيوفر ذلك على شريكيه في الشفعة، فللاول والثالث أن يقولا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فنجمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرناه، وان قال الثاني أنا آخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها، فاذا قدم الثالث أخذ منه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة)

وجملة ذلك انه اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعنبري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن النخعي والحارث العكلي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ. ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ غير صحيح فان الولي يأخذ بها كما يرد المعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلا للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك مافيه الحظ ملك مافيه تضييع، ولان العفو اسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، وان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب وماذكروه من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب. إذا ثبت هذا فان ظاهر قول الخرقي أن للصغير اذا كبر الاخذ بها سواء عفا عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة اذا بلغ فاختار ولم يفرق وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له

نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثه الارباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثاني سهمان وتصح من اثني عشر

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان المشتري شريكا فالشفعة بينه وبين الآخر) وللآخر الاخذ بقدر نصيبه

وبه قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبتي لا شفعة للآخر لانها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكى ابن الصباغ عنهم أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لانها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لانه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر الى المشتري وقد حصل شراؤه. والثاني لا يصح أيضاً لا نالا نقول أنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ثم لا يمتنع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به ألا ترى ان العبد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لاجل تعلق حق المرتهن ولو لم يكن رهنا ما تعلق به، اذا ثبت هذا فان لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو

﴿ مسئلة ﴾ (وان ترك المشتري شفعته ليوجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك)

اذا قال المشتري قد أسقطت شفعتي لخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري

الحظ فيها أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالغائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال أبو عبد الله بن حامد ان تركها الولي لحظ الصبي أولانه ليس للصبي ماياخذها به سقطت وهذا ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ماله فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولانه فعل مافيه الحظ للصبي فصح كالاخذ مع الحظ وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه أسقط حقاً للمولي عليه لاحظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء واسقاط خيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك لان المالك التبرع والابراء وما لاحظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بثمن المثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لايملك العفو عنها فلا يملك الاخذ بها كالاجنبي وانما يأخذ بها الصبي اذا كبر، ولايصح هذا لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فملكه الولي في حق الصبي كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ فللصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي لذلك غرم لانه لم يفوت شيئا من ماله وانما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه مالو ترك

لان ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين اذا أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ولذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فان قال الاول خذ الكل أو دع فاني قد اسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فان قيل هذا تبعيض للصفقة على المشتري قلنا هذا تبعيض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر اذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشتري شقصاً وسيفا

(مسئلة) (واذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لاجنبي صفقتين ثم علم الشريك فله أن يأخذ بالبيعين وله أن يأخذ باحدهما، فان أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفعته في أحد الوجهين وإن أخذ بالاول لم يشاركه وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه في شفعة الاول ، وهل يشاركه في شفعة الثاني ؟ على وجهين)

وجملة ذلك ان الشريك اذا باع بعض الشقص لأجنبي ثم باعه باقيه في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما ، فان أخذ الاول لم يشاركه في شفعته أحد، وإن أخذ بالثاني فهل يشاركه المشتري في شفعته بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك في وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن

شراء العقار مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لاحظ للصبي فيه فان أخذ فهل يصح ؟ على روايتين (احداهما) لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كالواشتري بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيباً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه مالو تزوج لغيره بغير اذنه فانه يقع باطلا ولا يصح لواحد منهما كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي (والرواية الثانية) يصح الاخذ للصبي لانه يشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو استرى معيبا لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة أولان الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) واذا باع وصي الايتام فباع لاحدهم نصيبا في شركة آخر كان له الاخذ للآخر بالشفعة لانه كالشراء له وان كان الوصي شريكا لمن باع عليه لم يكن له الاخذ لانه متهم في بيعه ولانه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ فيها لان التهمة منتفية فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافقه ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به فاذا

الاول شاركه في الثاني وان أخذ بها جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ ،فان قلنا يشاركه في الشفعة ففي قدر ما يستحق وجهان أحدهما ثلثه والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسم الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرءوس فاذا قلنا يشاركه فعفا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفى الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه وان لم يعف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفى الآخر ثمنه والباقي لشريكه، وان باعه الشريك الشقص فى ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالو باعه لثلاثة أنفس على ما نذكره ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) وان كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعها لرجل واحد فلشريكهما الشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأن المالك اثنان فهما بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفى أخذ أحدهما تبعيض الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجلا فى شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب احدهما لانهما مشتريان أشبه ما لو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة

رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حينئذ لعدم التهمة، وان كان مكان الوصي أب فباع شقص الصبي فله أن ياخذه بالشفعة لان له أن يشترى من نفسه مال ولده لعدم التهمة وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن ياخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تمليكه بغير الوصية واذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها اذا قدم فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفعته

(فصل) والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفيه لذلك، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر افاقته ، وأما المفلس

والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعيض الصفقة على المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿ مسئلة ﴾ (وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما)

وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في احدى الروايتين عنه وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض يبعض صفقة البائع

ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكروه ممنوع على أن المشتري الاخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضاً فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها

(فصل) واذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الاخر كما لو كانت متفرقة واذا أخذ نصيب أحدهم لم يمكن للاخرين مشاركته فى الشفعة لان ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة الا بملك سابق ، فأما ان باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله ان يأخذ ما شاء منها فان أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركته في شفعته لانهما لم يكن لهما ملك حين بيعه وان أخذ

فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لانه مال له فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الاخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من العبيد فله الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفوه لان الملك لسيده ولم يأذن له في إبطال حقوقه ، وان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد ان يأخذلان للسيد الحجر عليه ، ولان الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط باسقاطه

(فصل) وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها فان تركها فلرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفوه كالمأذون له وان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصا في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك وان قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ماذكرنا فان باع المضارب شقصا في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه متهم فأشبه شراءه من نفسه

نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفعته لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك في استحقاقها حال شرائه ويحتمل ان لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها، وان اخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتهما له وجهان، وان اخذ من الثلاثة ففيه وجهان (احدهما) لا يشاركه واحد منهم لان املاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهو قول ابي حنيفة وبعض اصحاب الشافعي لانه كان مالكا ملكا صحيحاً حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفعته فكذلك اذا لم يعف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ولذلك قلنا في الشفيع اذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه أن له اخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول اخذ نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعاً. فعلى هذا اذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع احدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدساً فللشفيع السدس الاول وثلاثة ارباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللمشترى الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث والمشترى

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالمجاور وغير المنقسم، ولانا ان قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فملكه غير تام لانه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاما وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك بيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه الا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه فله ذلك اذا لم يكن في أخذه ضرر)

وجملته أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشترى أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشترى ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائباً فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشترى الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشترى وبنائه فان

الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرءوس فللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين فللشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة وللثالث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم يبع الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول؟ على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانهما مالكان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنهما أخذ وإلا فلا فاذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكمل له النصف وللبائع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما سدس لانه شريك في شفعة مبيعين وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل واحد منهما نصفه لانه شريك في شفعة بيع واحد وتصح من اثني عشر

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى واحد حق اثنين أو اشترى شقصين من دارين صفقة واحدة فللشفيع

للمشترى قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله عوض، وظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاخراج ديناره منها، وقولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع إنما هو في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكروه فان لم يختر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له مانقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتي وسوار واسحاق ،وقال حماد بن أبي سليمان والثوري واصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق غيره أخذه فأشبه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبه ما لو بانت مستحقة .

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنهما الا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي تملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ماقاسوا عليه فانه بنى في ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسئلتنا فانه غير ظالم فيكون له حق اذا ثبت هذا فانه لايمكن ايجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لايستحق ذلك، ولا قيمته

أخذ احدهما على أصح الوجهين)

اذا اشترى رجل من رجلين شقصاً صفقة واحدة فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعي وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهوقول أبي حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشتري

ولنا أن عقد الاثنين مع واحد عقدان لانه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكروه، وأما اذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقسما الثمن على قدر القيمتين،وان أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن،ويتخرج أن لا شفعة له لان فيه تبعيض الصفقة على المشتري وذلك ضرر به وليس له أخذهما معاً لان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف على ما نذكره، وان كان الشريك فيهما واحدا فله أخذهما وتركهما لانه شريك فيهما وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو منصوص الشافعي، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية

ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ولانه لو جرى مجرى

مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا الملك قلعه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لا قيمة له اذا قلعه ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منهما فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقا للترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وإن قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(فصل) وإن زرع في الارض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد لان ضرره لا يتباقى ولا أجرة عليه لانه زرعه في ملكه، ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع، وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له مبقى الى الجذاذ كالزرع

(فصل) واذا نمى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون نماء متصلا كالشجر

الشقص الواحد لو جب - اذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعته - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه

(مسئلة) (وان باع شقصاً وسيفاً فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز)

اذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذ به الشفيع وبه قال أبو حنيفة والشافعي، ويحتمل أن لا يجب لئلا تتبعض شفعة المشتري وفي ذلك اضرار به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص وقال مالك تثبت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده والضرر اللاحق بالمشتري هو ألحقه بنفسه لجمعه في العقد بين ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت ولان في الاخذ بالكل اضراراً بالمشتري أيضاً لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه اضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسئلة) (وان تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن وقال ابن حامد ان كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه الا بجميع الثمن)

اذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده، فان أراد

اذا كثر أو ثمرة غير ظاهرة فان الشفيع يأخذه بزيادته لان هذه زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو رد بعيب أو خيار أو اقالة فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً اذا طلق قبل الدخول؟ قلنا لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة اذا فاته الرجوع بالعين وفي مسئلتنا اذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لاجل ماحدث من البائع، واذا أخذ الاصل تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها

(الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لاحق للشفيع فيها لانها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رؤس النخل الى الجذاذ لان أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيكون حكمه حكم مالو اشترى برضاه، فان اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الاصل دون الثمرة، ويأخذ الارض والنخيل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصا وسيفا

(فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ثم ان اراد الشفيع الاخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه البناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم، ثم ان كانت الانقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والعنبري

الشفيع الاخذ اذا تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه البناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم، ثم ان كانت الابعاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وان كانت معدومة اخذ العوض وما بقي من البناء، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهو قول الثوري والعنبري وأبي يوسف وقول للشافعي، وقال ابن حامد ان كان التالف بفعل آدمي كما ذكرنا وان كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي الا بكل الثمن أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول للشافعي لانه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله الى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شيء فيكون الاخذ منه اضرارا به والضرر لا يزال بالضرر . ولنا انه تعذر على الشفيع اخذ الجميع وقدر على اخذ البعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل آدمي سواء وكما لو كان له شفيع آخر، أو نقول أخذ بعض مادخل معه في العقد فاخذه بالحصة كما لو كان معه سيف، وأما الضرر فانما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه، وانما قلنا يأخذ الابعاض وان كانت منفصلة لان استحقاقه كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلا اتصالا ليس مآله الى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة، ويفارق الثمرة غير المؤبرة إذا أبرت فان مآلها إلى الانفصال والظهور فاذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة، وان نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل ان انشق الحائط واستهدم

وأبي يوسف وقول الشافعي ، وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس الشفيع أخذ الباقي الا بكل الثمن أو يترك وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع ببدله الى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه بشيء فيكون الاخذ منه اضراراً به والضرر لا يزال بالضرر

ولنا أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كالو تلف بفعل آدمي سواه أو كما لو كان له شفيع آخر، أو نقول أخذ بعض مادخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فانما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وانما قلنا ياخذ الانقاض وإن كانت منفصلة لان استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلا اتصالا ليس مآله إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة، ويفارق الثمرة غير المؤبرة اذا تأبرت فان مآلها الى الانفصال والظهور فاذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الارض فليس له الا الاخذ بجميع الثمن أو الترك لان هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان، ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة

البناء وشعث الشجر وبارت الارض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك لان هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان، ولهذا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

(فصل) (الشرط الخامس أن يكون للشفيع ملك سابق) لان الشفعة انما ثبتت للشريك لدفع الضرر عنه وإذا لم يكن له ملك سابق فلاضرر عليه فلا تثبت له الشفعة

﴿ مسألة ﴾ (فان اشترى اثنان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لاحدهما على صاحبه) لانه لا مزية لاحدهما على صاحبه لتساويهما .

﴿مسألة﴾ (فان ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تعارضت بينتاهما فلا شفعة لهما)

إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة سئلا متى ملكتماها؟ فان قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة إنما ثبتت بملك سابق في ملك متجدد بعده وان قال كل واحد منهما ملكي سابق ولاحدهما بينة بما ادعاه قضي له وان كان لكل واحد منهما بينة قدم اسبقهما تاريخاً فان شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا، وان لم يكن لواحد منهما بينة سمعنا دعوى السابق وسألنا خصمه فان أنكر فالقول

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضا أعطاه قيمته)

وجملته أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق بالثمن » رواه أبو اسحاق الجوزجاني في كتابه ، ولان الشفيع انما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشتري فان قيل ان الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكه فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله الى قيمته والشفيع استحقه لاجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة ، واذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع . اذا ثبت هذا فانا ننظر في الثمن فان كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله ، وإن كان مما لامثل له كالثياب والحيوان فان الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي ، وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لاتجب ههنا لانها تجب بمثل الثمن وهذا لامثل له فتعذر الاخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي وما ذكره لايصح لان المثل

قوله مع يمينه فان حلف سقطت دعوى الاول ثم نسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواها جميعاً وان ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لان خصمه قد استحق ملكه وان حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه

﴿مسئلة﴾ (ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين)

ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالمجاور وما لا ينقسم ولانا إن قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فملكه غير تام لانه لايبيح اباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاماً ، وقال أبو الخطاب ان قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك بيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه

(فصل) وان تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليه في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لان الشفعة انما تثبت في المملوك وقد خرج بهذا عن كونه مملوكا قال ابن أبي موسى من اشترى دارا فجعلها مسجدا فقد استهلكها

يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبدل المتلف ، فأما ان كان الثمن من المثليات غير الاثمان كالحبوب والادهان فقال أصحابنا يأخذه الشفيع بمثله لانه من ذوات الامثال فهو كالاثمان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي ولان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في احداهما ولان الواجب بدل الثمن فكان مثله كبدل القرض والمتلف .

(فصل) ويستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد، فاما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة ، وان كانا عنده يلحقان بالعقد لان الزيادة تضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص وقال مالك ان بقي مايكون ثمنا أخذ به ، وان حط الا كثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالزيادة ، وماذكروه من العذر غير صحيح

ولاشفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشترى الثاني بالثمن الذى أخذ منه فلا يلحقه ضرر ،ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك وفي ذلك ضرر فيكون منفيا،وقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك وأخذه بالثمن الذى وقع به البيع وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأى لان الشفيع يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى،ولان حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى فلم يملك المشتري تصرفا يبطل حقه ولا يمتنع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض املاكه وعليه دين فانه إذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم ابطال العتق والوقف أولى ، فاذا قلنا بثبوت الشفعة أخذ الشفيع الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشترى وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه .

ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان الثمن له فكذلك بعد الهبة المفسوخة

(مسئلة) (وان باع فله الاخذ بأى البيعين شاء فان أخذ بالاول رجع الثاني على الاول)

إذا تصرف المشترى في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه صح تصرفه لانه ملكه وصح قبضه

لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع ، وان أضربه كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الا كثر عند مالك

(فصل) وإن كان الثمن مما تجب قيمته فانها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد ومازاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص فمن مال البائع فلا ينقص به حق المشتري

(فصل) واذا كان الثمن مؤجلا أخذه الشفيع بذلك الاجل ان كان مليئا وإلا أقام ضمينا مليئا وأخذ وبه قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال ابو حنيفة لا يأخذها إلا بثمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كمذهبنا ومذهب أبي حنيفة لانه لا يمكنه الاخذ بالمؤجل لانه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا بسلعة بمثل الثمن إلى الاجل لانه انما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحدة منهما فلم يبق إلا التخيير

له ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين في البيع معيناً لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه فمتى تصرف فيه تصرفاً تجب به الشفعة كالبيع فللشفيع الخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بأيهما شاء ، وان تبايع ذلك ثلاثة فله ان يأخذ بالبيع الاول وينفسخ العقدان الاخران وله أن يأخذه بالثاني وينفسخ الثالث وحده وله ان يأخذه بالثالث ولا ينفسخ شيء من العقود ، فاذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثمنه على الثاني لانه أخذه منه وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانفسخ عقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه والثاني على الاول بما أعطاه ، فان كان الاول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فاخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الاول من الثاني عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذي وزنه ولا نعلم في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع على ماذكرنا وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه والله أعلم

ولنا أن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر ، وماذ كروه من اختلاف الذمم فاننا لانوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في ضمينه بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافها فيما وراء ذلك كما لو اشترى الشقص بسلعة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافها ، ومتى أخذه الشفيع بالاجل فمات الشفيع أو المشتري وقلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لان سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد في حقه

(فصل) وإذا باع شقصا مشفوعا ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون مامعه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفيع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لاتجب الشفعة لئلا تتبعض صفقة المشتري وفي ذلك اضرار به فأشبه مالو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص ، وقال مالك تثبت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لاشفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده وما يلحق المشتري من الضرر فهو ألحقه بنفسه بجمعه في العقدين ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت ولان في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضا لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه

﴿ مسألة ﴾ (وإن فسخ العقد بعيب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع)

إذا رد المشتري الشقص بعيب أو قايل البائع فللشفيع فسخ الاقالة والرد والاخذ بالشفعة لان حقه سابق عليهما ولا يمكنه الاخذ معهما فان تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لان البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فاذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخها ويأخذ لان حقه أسبق

(فصل) وان اشترى شقصا بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيبا فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لان في تقديم حق الشفيع إضراراً بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعه ثبتت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر فان الضرر لا يزال بالضرر وقال أصحاب الشافعي يقدم حق الشفيع في أحد الوجهين لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشقص عيباً فرده

ولنا أن في الشفعة ابطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان

(فصل) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقتسما الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن ، ويتخرج انه لا شفعة له كالمسألة التي قبلها وليس له أخذهما معاً لان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف ، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما وتركهما لانه شريك فيهما ، وان أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعي ، ويحتمل انه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي

ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ، ولانه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب - إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعته - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لان في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فان أحضر رهنا أو ضمينا لم يلزم المشتري قبوله لان في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فان بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لانها معاوضة

الشقص معيبا فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد تحصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافترقا ، فان لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فان الشفعة بيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لانه بمنزلة التالف والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجعان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل أن البائع اذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً لانه إنما أعطى عبداً معيباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجعان لان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فاذا قلنا يتراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ، وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء لانه إنما دفع اليه قيمة العبد غير معيب وان أدى قيمته معيباً رجع المشتري عليه بما أدى من أرشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فاشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وان عاد الشقص الى المشتري ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للشفيع أخذه بالبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه الى

لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وان تعذر في الحال قال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوما أو يومين بقدر مايرى الحاكم ، فاذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثا لأنها آخر حد القلة فان أحضر الثمن وإلا فسخ عليه وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لاحضار عوضه كتسليم المبيع

ولنا أنه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع ، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله ، وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فاذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا فسخ الحاكم الاخذ ورده الى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ ، والاولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ،ولان الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب، ولان وقف ذلك على الحاكم يفضي الى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه اثبات مايدعيه وقد يصعب

القيمة فاذا أخذها لم يبق له حق بخلاف مالو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرده لان ملك المغصوب منه لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلا أو موزونا فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه فأشبه مالو اشتراه منه أجنبي

(فصل) فان اشترى شقصاً بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لانها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فاما الباطل فوجوده كعدمه فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا ببينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد الى صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وان أقر الشفيع أو المشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ويجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والمشتري ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن،وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ،وان أقر الشفيع وحده

عليه حضور مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها مايفضي الى الضرر ، ولانه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يفضي الى هذا الضرر ، وان أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشتري

(فصل) لا يحل الاحتيال لاسقاط الشفعة وان فعل لم تسقط ، قال أحمد في رواية اسماعيل ابن سعيد وقد سألته عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لايجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني ، وقال عبد الله بن عمر من يخدع الله يخدعه ، وقال أيوب السختياني انهم ليخادعون الله كما يخادعون صبياً لو كانوا يأتون الامر على وجهه كان أسهل علي

ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤن في الباطن على خلافه : مثل أن يشتري شقصا يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبدا قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف ، أو يشتري شقصا بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشتري جزءا من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة

لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، فاما ان اشترى الشقص بثمن في في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح ، فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعسار أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان بالاخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمناً فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه إياه صح لان العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

(مسئلة) (وان أجره المشتري أخذه الشفيع وله الاجرة من يوم أخذه) لانه صار ملكه بأخذه .

(مسئلة) (وان استغله المشتري فالغلة له) لانها نماء ملكه

(مسئلة) (وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري مبقاة الى الحصاد والجذاذ)

اذا زرع المشتري الارض فللشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري الى الحصاد لان ضرره لايتباقى ولا أجرة عليه لانه زرعه في ملكه ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشترى فهو له مبقى الى الجذاذ كالزرع

قراضة اوجوهرة معينة اوسلعة معينة غير موصوفة أوبمائة درهم ولؤلؤةوأشباههذا ، فهذا كله اذا وقع من غير تحيـل سقطت الشفعة ، وان تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهبا ، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وهو المائة المقبوضة ، وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميـع الثمن لانه انما وهبـه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذي اشترى به جزءا من الشقص، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو بقيمته ان لم يكن مثليا اذا كان الثمن موجودا وان لم يوجد عينه دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشـياء بقيمتها ، وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط بهالشفعةلانهلم يأخذ بما وقع البيع بهفلم يجز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبي ﷺ « من أدخل فرسا بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار ، وان أمن أن يسبق فهو قمار » رواه أبوداود وغيره ، فجعل ادخال الفرس المحلل قمارا في الموضع الذي يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جعلا مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيهما ، وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المعنى فيها

واستدل أصحابنا بما روى أبوهريرةرضي اللهعنهعن النبي ﷺ انه قال « لاترتكبوا ماارتكبت

(فصل) واذا نمى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) ان يكون نماءمتصلا كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة فان الشفيـع يأخذه بزيادته لانها زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة ، فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين وفي مسئلتنا اذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقـه من الاصل لاجل ما حدث من البائع وإذا أخذ الاصل تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تـكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لانها حدثت في ملـكه وتـكون مبقاة في رءوس النخل الى الجـذاذ لان أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيـكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه وان اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الاصل دون الثمرة ويأخذ الارض والنخيل بحصتها من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان قاسم المشترى وكيل الشفيـع أو قاسم الشفيـع لـكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيـع أن يدفع اليه قيمة الغراس والبناء ويملـكه أو يقلعه ويضمن النقص فان اختار الشفيع أخذه واختار المشترى قلعه فله ذلك اذا لم يكن فيه ضرر بالقلع)

وجملة ذلك أنه يتصور بناء المشترى وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها)

اليهود فتستحلوا محارم الله بادنى الحيل » وقال النبي ﷺ « لعن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة ، وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلتهم فانه روي انهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فمسخهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قيل يعني به أمة محمد ﷺ أي لتتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ « لا تحل الخديعة لمسلم » ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل لحق الضرر فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري بالبيع والوقف ، وفارق مالم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنيته وحاله

اذا ثبت هذا فان الغرر في الصورتين الاولين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما

أن يظهر المشتري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبني المشترى ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائباً فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة ، وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشترى الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان للمشترى قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن ، وظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاخراج ديناره منها ، قولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع إنما حصل في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكروه ، فان لم يختر المشترى القلع فللشفيع الخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغراس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع . وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتي وسوار واسحاق ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق عليه أخذه فأشبه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبه مالو كانت مستحقة

يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفا فربما طالبه بذلك فلزمه في ظاهر الحكم وفي الثالثة الغرر على البائع لانه اشترى عبدا يساوي مائة بالف ، وفي الرابعة على المشتري لانه اشترى شقصا قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لأنه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادي منهما بالهبة لانه قد لايهب له الآخر شيئا ، فان خالف أحدهما ماتواطآ عليه فطالب صاحبه بما أظهراه لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختارا ، فاما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف ماتواطآ عليه لان صاحبه انما رضي بالعقد للتواطؤ فمع فواته لا يتحقق الرضى به

(مسئلة) قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة)

وجملته أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي ، فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه إذا أعتق؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لانه لاشيء عليه وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق ، فأما إن كان للشفيع بينة حكم بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستغني عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا اضرار» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي ملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا ، وفارق ما قاسوا عليه فانه بنى في غير ملكه ، ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق . إذا ثبت هذا فانه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا لوجب قلعه ولم يضمن شيئاً ولانه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه ، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر ان الارض تقوم مغروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع الى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه ، فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وان قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فينجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي بتحمله ، وان غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(مسئلة) (فان باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفعته في أحد الوجهين وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين)

وامرأتين ولا تقبل شهادة البائع لانه إذا شهد للشفيع كان متهما لانه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه ، وان أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضها لانهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما ، وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع ويقتضيه مذهب الخرقي لان بينة الخارج عنده مقدمة على بينة الداخل والشفيع هو الخارج وهذا قول أبي حنيفة ، وقال صاحباه البينة بينة المشتري لانها تترجح بقول المشتري فانه مقدم على قول الشفيع، ويخالف الخارج والداخل لان بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده ، وفي مسئلتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع

ولنا أنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لانهما يتنازعان في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما

(فصل) وان قال المشتري لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله لان مايدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمن نسي مبلغه ويحلف فاذا حلف سقطت الشفعة لانها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه ، فان ادعى أنك فعلت ذلك تحيلا على اسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك

(فصل) فان اشترى شقصا بعرض واختلفا في قيمته فان كان موجوداً عرضاه على المقومين ، وان تعذر إحضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدر الثمن ، وان ادعى جهل قيمته فهو على ماذكرنا

وجملة ذلك ان الشفيع اذا باع ملكه عالما بالحال سقطت شفعته لانه لم يبق له ملك يستحق به ، ولان الشفعة تثبت لازالة الضرر الحاصل بالشركة ، وقد زال ذلك ببيعه ، وان باع بعضه ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لانها استحقت بجميعه ، واذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط باقيها لانها لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالرق والنكاح وكما لو عفا عن بعضها (والثاني) لا تسقط لانه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي ، وللمشتري الاول الشفعة على الثاني في المسئلة الاولى ، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الاول لانه شريك في المبيع ، وان قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الاول ، وهل للمشتري الاول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لانه شريك فان الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماءه وفوائده ، واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لان ملكه يؤخذ بها فلا تؤخذ الشفعة به ولان ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه ، قال شيخنا والاول أقيس فان استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولي. فعلى هذا للمشتري الاول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الاخذ من المشتري الاول في أحد الوجهين ، فاما ان باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الاول فقال القاضي تسقط شفعته

فيما اذا ادعى جهل ثمنه ، وان اختلفا في الغراس والبناء في الشقص فقال المشترى أنا أحدثته وأنكر الشفيع فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فالقول قول المالك

(فصل) اذا ادعي الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه يحتاج الى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فاذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فان أقر لزمه، وان أنكر وقال انما اتهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف بريء وان نكل قضي عليه وان قال لا نستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار ، واذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فان أخذه دفع اليه ، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فأنكرها (والثاني) أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع اليه (والثالث) يقال له إما أن تقبضه وإما أن تبريء منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكاتبة فادعى أنه حرام اختار هذا القاضي وهذا مفارق للمكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف ابراء مما لا يدعيه والوجه الاول أولى إن شاء الله تعالى

أيضا لما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ولانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيبا لا يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه. فعلى هذا حكمه حكم مالو باع مع علمه سواء فيما اذا باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفعته لانها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والاصل بقاؤها بخلاف ما إذا علم فان بيعه دليل على رضاه بتركها . فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفا عنه فللمشتري الاول أخذ الشقص من المشتري الثاني، وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين (أولاهما) ان له الاخذ لان ملكه كان ثابتا حال البيع ولم يوجد منه مايمنع ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات بطلت شفعته إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه)

وجملة ذلك ان الشفيع إذا مات قبل الاخذ بالشفعة فان كان قبل الطلب بها سقطت ولا ينتقل إلى الورثة ، قال احمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار ، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضا إنما هي بالطلب فاذا لم يطلب فليس تجب الا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فان مات بعده كان لوارثه الطلب به، روي سقوط الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وقال مالك والشافعي والعنبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لانه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

(فصل) وان قال اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه واخذ منه بالشفعة، وان كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته اذا قدم لأنا لو وقفنا الامر في الشفعة الى حضور المقر له لكان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتر يدعي انه لغائب. وان قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان :

(أحدهما) لاتثبت الشفعة لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه ايجاب حق في مال صغير باقرار وليه

(الثاني) تثبت لانه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بعيب في مبيعه ، فأما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت ببينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها لان الملك يثبت لهما باقراره به فاقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا قر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعا، وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

ولنا انه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولانه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول فاما خيار الرد بالعيب فانه لاستدراك جزء فات من المبيع

(فصل) فان مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة الى الورثة قولا واحدا ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الحق بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكا للشفيع بنفس المطالبة والاول أصح فانه لو صار ملكا للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها . فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على قدر إرثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى الجميع كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم فان ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على باقي الورثة ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعته لانا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبيع وتبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وللورثة المطالبة بها نص عليه احمد لان الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه، فلم تسقط الشفعة بالموت بعده كنفس الطلب

(فصل) واذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراه منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فللشفيع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا انه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه انك بعت نصيب الغائب باذنه وأقر له الوكيل كان كاقرار البائع بالبيع فاذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينتزع الشقص ويطالب باجره من شاء منهما ويستقر الضمان على الشفيع لان المنافع تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل انك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال انما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لايرى القضاء على الغائب لان القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمناً فان لم تكن بينة وطلب الشفيع يمينه فنكل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضي عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فورثه العافي فله أخذ الشقص بها لانه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها كالاجنبي وكذلك لو قذف رجل أمهما وهي ميتة فعفا أحدهما وطالب الآخر ثم مات الطالب فورثه العافي ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميت اذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لاشفعة لهم لان الحق انتقل الى الغرماء

ولنا انه بيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس، ولا نسلم أن التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به، ولو كانت للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لان البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم، ولو كان الوارث شريكا للموروث فباع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضا لان نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لان حقه أسبق

(فصل) واذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس لك ملك في شركتي فعلى الشفيع اقامة البينة انه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف اذا كان في يده استحق به الشفعة لذلك لان الظاهر من اليد الملك

ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد واذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده، فان ادعى أن المدعي يعلم انه شريك فعلى المشتري اليمين انه لا يعلم ذلك لانها يمين على نفي فعل الغير فكان على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضي عليه

(فصل) اذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفعته فصدقه عمرو فانكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة انه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك، وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده الى البائع فيأخذه الشفيع منهما لانهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية به كما لو تلف، ولا يستحق الموصى له بدله لانه لم يوص له الا بالشقص، وقد فات بأخذه، ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في شركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير للموصى له الا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للموصى له إذا قلنا ان الملك ينقل اليه بمجرد الموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لانا تبينا ان الملك كان له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لانا لا نعلم ان الملك له قبل القبول وانما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة ايضا لذلك ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم، ويفارق الموصى له من وجهين (احدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه ان يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين أنه من غير المستحق، وان قلنا بالرواية الاولى فطالب الورثة بالشفعة فلهم الاخذ بها واذا قبل الوصي اخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لان الشقص الموصى به انما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبه ما لو اخذ بها الموصي في حياته، وان لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك له وحصول شركته وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

حلف اني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم اذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فانكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقر بها الشفيع ولا منازع له فيها سواه وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشيء في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا

(فصل) واذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها؟ فان قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة انما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده ، وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضي له ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا ، وان ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لان خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه

(فصل) اذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف وأقام

(فصل) ولو اشتري رجل شقصاً ثم ارتد فقتل او مات فللشفيع اخذه بالشفعة لانها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله او موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الاسلام فورثه ورثته او صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) واذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف فان قتل على ردته او مات عليها تبينا ان شراءه باطل ولا شفعة فيه وان اسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه، وقال ابو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لان ملكه يزول بردته فاذا اسلم عاد اليه تمليكا مستأنفاً ،وقال الشافعي وابو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ،وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذه بالشفعة انبنى على ذلك ايضاً لان اخذه بالشفعة شراء للشقص من المشترى فاشبه شراءه لغيره ، فان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين، فان كان طالب بالشفعة انتقلت ايضاً الى المسلمين ينظر فيها الامام او نائبه وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعته كما لو مات على اسلامه، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه الى المسلمين ان مات بعد الطلب والا فلا

(فصل) قال رحمه الله (ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقد فان عجز عنه او عن بعضه سقطت شفعته)

وجملة ذلك ان الشفيع يأخذ الشقص من المشترى بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روى في

البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري والشفيع أخذه بالالف لان المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ماحكم به الحاكم

ولنا أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وانما حكم بها البائع لانه لايكذبها ، فان قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذبا أو ناسيا ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبه مالو أقر له بدين (والثاني) يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمن ثم قال غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب ، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك فان رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال ، فان عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غالطا فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

حديث جابر ان النبي ﷺ قال « هو احق به بالثمن » رواه الجوزجاني في كتابه ولان الشفيع انما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشترى فان قيل ان الشفيع استحق اخذه بغير رضا مالكه فينبغي ان يأخذ بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق اخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله الى قيمته والشفيع استحقه لاجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة او ميراث لم يستحق الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب ان يكون بالعوض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا فاننا ننظر في الثمن فان كان دراهم أو دنانير أعطاه الشفيع مثله

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لان في أخذه بدون دفع الثمن اضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فان أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله لان عليه ضرراً في تأخير الثمن فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، وإن بذل عوضا عن الثمن لم يلزمه قبوله لانها معاوضة فلم يجبر عليها ، واذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال ، فقال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوما أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فاذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك ، وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي ينظر ثلاثا لانها آخر حد القلة فان أحضر الثمن والا فسخ عليه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا

(فصل) وإن اشترى شقصا له شفيعان فادعى على احد الشفيعين انه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوه عن شفعته لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعا وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم اعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للتهمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب واعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه، وان كانت الدعوى على الشفيعين معا فحلفا ثبتت الشفعة، وان حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فان صدق شريكه في الشفعة في انه لم يعف لم يحتج الى يمين وكانت الشفعة بينهما لان الحق له فان الشفعة تتوفر عليه اذا سقطت شفعة شريكه، وان ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، وان شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتيج الى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وان كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وان كانوا ثلاثة شفعاء فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وان شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله ففيه وجهان (أحدهما) تقبل لانهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لانه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لان المشتري يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع، وان شهد

يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك الا باحضار عوضه كتسليم المبيع

ولنا انه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع، واما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة، ومتى أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا فسخ الحاكم الاخذ ورده الى المشتري ، وكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ قال شيخنا والاولى ان للمشتري الفسخ من غير حاكم لانه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع والشفعة لا تقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب ولان وقف ذلك على الحاكم يفضي الى الضرر بالمشترى لانه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي الى الضرر، ولانه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يفضي الى هذا الضرر ، وان أفلس الشفيع خير المشترى بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشترى

﴿ مسئلة ﴾ (وما زاد في ثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق به)

قد ذكرنا ان الشفيع انما يستحق الشقص بالثمن الذى استقر عليه العقد فلو تبايعا بقدر ثم غيراه

لمكاتبه بعفو شفعة أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لان المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كمدبره ولان مايحصل للمكاتب ينتفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه الوفاء له، وان شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما)

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع اذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر املاكهم اختاره أبو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعنبري واسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رءوسهم اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن النخعي والشعبي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساووا كالبنين في الميراث وكالمعتقين في سراية العتق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو الجد وبالجد مع الاخوة وبالفرسان مع الرجالة في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله

في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وانما يستحق بالثمن الذى هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتغيير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد، فاما اذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة تعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة وان كانا عنده ملحقان بالعقد لان الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكاها بخلاف النقص، وقال مالك ان بقي ما يكون ثمناً أخذ به وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا ان ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكروه من العذر لا يصح لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع وان أضر به كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فاشبه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان مؤجلا أخذه الشفيع بالاجل ان كان مليئا والا أقام كفيلا مليئا وأخذه به)

وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحاق، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا، وقال أبو حنيفة لا يأخذ الا بثمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ، وعن الشافعي كمذهبنا ومذهب أبي حنيفة

عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وفارق الاعيان لانه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع ، وأما البنون فانهم تساووا في التسبب وهو البنوة فتساووا في الارث بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعاء في سهامهم، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركاء كلهم فنأخذ منها سهام الشفعاء فاذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الردسواء، ففي هذه المسئلة التي ذكر الخرقي مخرج سهام الشركاء ستة فان باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه ، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه ، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمساه وعلى الرواية الاخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال ، فان باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكيه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس ، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث ، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم .

(فصل) ولو ورث اخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين

لانه لا يمكنه أخذه بالمؤجل لانه يفضي الى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل وانما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا بسلعة بمثل الثمن الى الاجل لانه انما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحداً منهما فلم يبق إلا التخيير

ولنا ان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكروه من اختلاف الذمم فانا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في الضامن بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك ، كما لو اشترى الشقص بسلعة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما ، ومتى أخذه الشفيع بالاجل فمات الشفيع أو المشتري وقلنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لان سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد في حقه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله ان كان ذا مثل والا أعطاه قيمته)

أما اذا كان من المثليات كالحبوب والادهان فهو كالأثمان قياسا عليها فيعطيه الشفيع مثلها هكذا ذكره أصحابنا وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي لان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في إحداهما ولان الواجب بذل الثمن فكان مثله كبدل العرض والمتلف وان كان

فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم ان أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أخص بشركته من العم لاشتراكهما في سبب الملك

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولان الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل، وماذكروه لاأصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين ، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابناه نصفها الآخر أو ورثاه أو اتهباه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه ، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت احدى الاختين نصيبها أواحدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء ، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضا فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه ، ولو خلف ابنين وأوصى بثلثه لاثنين فباع أحد الوصيين أوأحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم، ولمخالفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

(فصل) وإن كان المشتري شريكا فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبتي لاشفعة للآخر لانها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا

مما لامثل له كالثياب والحيوان فان الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لاتجب ههنا لانها تجب بمثل الثمن وهذا لامثل له فتعذر الاخذ فلم يجب كالو جهل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي وماذكروه لايصح لان المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبدل المتلف

(فصل) وإن كان الثمن تجب قيمته فانها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولااعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص في القيمة، وأن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد ومازاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يكون للمشتري وما نقص فمن مال البائع فلا ينقص حق المشتري

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري الا أن تكون للشفيع بينة)

اذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع عنه بالدعوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي ، فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب

شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه ، وحكي ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لانه قد ملك الشقص المشفوع، وما ذكرناه للقول الاول لا يصح لان الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظر الى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لاننا نقول إنه ياخذ من نفسه بالشفعة وانما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه، ثم لا يمتنع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به، ألا ترى أن العبد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده ارش الجناية لاجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهنا ما تعلق به . اذا ثبت هذا فان لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو ، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري لان ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين اذا أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه، وكذلك اذا حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فان قال الاول خذ الكل أودع فاني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فان قيل هذا تبعيض الصفقة على المشتري قلنا هذا التبعيض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر اذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصا وسيفا

والمتلف والضامن نصيب شريكه اذا أعتق ؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لانه لا شيء عليه وانما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق ، فاما ان كان للشفيع بينة حكم له بها وكذلك ان كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين، ولا تقبل شهادة البائع لانه اذا شهد للشفيع كان متهما لانه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه ، فان أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لانهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما ، وذكر الشريف أن بينة الشفيع تقدم لانها خارجة ويقتضيه قول الخرقي لان بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل والشفيع خارج وهو قول أبي حنيفة وقال صاحباه تقدم بنية المشتري لانها ترجح بقول المشتري فانه مقدم على قول الشفيع، ويخالف الخارج والداخل لان بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة الى يده وفي مسئلتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع

ولنا أنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لانهما يتنازعان في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عيناً في يد غيرهما

(فصل) فان قال المشتري لا أعلم قدر الثمن فالقول قوله لان ما يدعيه ممكن يجوز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمن نسي قدره ويحلف فاذا حلف سقطت الشفعة لانها لا تستحق بغير بدل

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ الا الكل أو يترك)

وجملته أنه اذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقين الا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولان في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه والضرر لايزال بالضرر لان الشفعة انما تثبت على خلاف الاصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الاصل فلا تثبت ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك فان فعل سقطت شفعته لانها لاتتبعض فاذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك لانا لانعلم اليوم مطالبا سواه ولان في أخذه البعض تبعيضا لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير إضرارا بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفى فيبقى للاول لان المطالبة انما وجدت منهما فان قاسمه

ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه فان ادعى أنك فعلت ذلك تحيلا على اسقاط الشفعة حلف على نفي ذلك

(فصل) فان اشترى شقصاً بعرض واختلفا في قيمته فان كان موجوداً عرضناه على المقومين وان تعذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدره فان ادعى جهل قيمته فهو على ماذكرنا فيما اذا ادعى جهل ثمنه وان اختلفا في الغراس والبناء في الشقص فقال المشترى أنا أحدثته فانكر فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فكان القول قول المالك

﴿مسئلة﴾ (وان قال المشتري اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف فان قال المشترى غلطت فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين)

وجملة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشترى لان المشترى مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم بالفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به

ولنا أن المشتري يقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلم بالف فلم يحكم له به وانما حكم بها للبائع لانه لا يكذبها فان قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً ففيه وجهان (احدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي غيره فاشبه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل

ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين فان نمى الشقص في يد الاول نماء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في ملكه فأشبه مالو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة، وكذلك إذا أخذ الثاني فنمى في يده نماء منفصلا لم يشاركه الثالث فيه، وان خرج الشقص مستحقا فالعهدة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحباه أو قال آخذ قدر حقي ففيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المنفرد (والثاني) لا يبطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل مالو أظهر المشتري ثمنا كثيراً فترك لذلك ثم بان بخلافه، فان ترك الاول شفعته توفرت الشفعة على صاحبيه فاذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ماذكرنا في الاول فان أخذ الاول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي، وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الاول لانه لم يعف وانما رد نصيبه لاجل العيب فأشبه مالو رجع الى المشتري ببيع أو هبة

ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا، ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمن ثم قال غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وان لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، فان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك، فان رضي المشترى بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال فان عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن الفان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى شقصاً له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوه عن شفعته لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لانها ردت للتهمه فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه وان كانت الدعوى على

(فصل) واذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة لثبوت حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فان قيل فكيف تصح القسمة وشريكهما الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقي الغائب على شفعته، فان قيل فكيف تصح مقاسمتهما الشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع ابطاله كذا ههنا، إذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لانه قدر ما يستحقه ثم ان قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا، وان لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لانه موضع عذر

(فصل) اذا اخذ الاول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل أقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعيض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الاول ويقتسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه الى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين

الشفيعين معاً فحلفا ثبتت الشفعة وان حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فان صدق شريكه في الشفعة في أنه لم يعف لم يحتج الى يمين وكانت الشفعة بينهما لان الحق له فان الشفعة تتوفر عليه اذا سقطت شفعة شريكه وان ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، فان شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتيج الى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وان كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وان كانوا ثلاثة شفعاء فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وان شهدا قبله ردت، وان شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي وان شهد البائع بعفو الشفيع عن شفعته بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وان كان قبله قبلت في أحد الوجهين لانهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لانه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لان المشتري يأخذ الشقص من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع، وان شهد لمكاتبه بعفو شفعته أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لان المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كمدبره ولان ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه وفاؤه وان شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده

(مسئلة) (وان ادعى أنك اشتريته بألف قال بل اتهبته أو ورثته فالقول قوله مع يمينه فان نكل

في تسعة تكن ثمانية عشر الثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكيه سبعة ، وانما كان كذلك لان الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو القسم فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللاول والثالث أن يقولا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فنجمع مامعنا فنقسمه فيكون على ماذكرنا ، وان قال الثاني أنا آخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فاذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث مافي يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقتسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثاني سهمان وتصح من اثني عشر

(فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن القاضي انه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشتري . ولنا ان عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكروه ، وان اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه، وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لأنه قبل القبض تتبعض صفقة البائع

ولنا انهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكره لانسلمه على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضاً ، فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أوماشاء منهما

أو قامت للشفيع بينة فله اخذه ويقال للمشترى اما أن تقبل الثمن أو تبرىء منه)

وجملة ذلك أنه اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء انك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فاذا ادعى سئل المدعى عليه فان أقر لزمه وان أنكر وقال إنما اتهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف برىء وان نكل قضي عليه وان قال لايستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله فى الانكار وإذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فاذا أخذه دفع إليه، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لوأقر له بدار فانكرها (والثاني) يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه الى أن يدعيه ، ومتى ادعاه المشتري دفع اليه (والثالث) يقال له اما أن تقبضه واما ان تبريء منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة فادعى أنه حرام اختاره القاضي، وهذا يفارق المكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلايلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لايطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي ان يكلف الابراء مما يدعيه والوجه الاول أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) فاذا باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان عقد كل منهما منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة ، فاذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته في الشفعة لان ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ماشاء منها ،وإن أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركته في شفعته لانهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفعته لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك حال شرائه . ويحتمل أن لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها .وان أخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتهما له وجهان ، وان أخذ من الثلاثة ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يشاركه أحد منهم لان أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه كان مالكا ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفعته فكذلك إذا لم يعف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول أخذ

(فصل) فان قال اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة وإن كان المقر له غائباً أخذه الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم لاننا لو وقفنا الامر في الشفعة إلى حضور المقر له كان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتر يدعي أنه لغائب ،وان قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه إيجاب حق في مال صغير باقرار وليه (والثاني) تثبت لانه يملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره بعيب في مبيعه ،فاما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة الا ان تثبت ببينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها لان الملك ثبت لهما باقراره به واقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعاً وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا .

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه

نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعا ،فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدسا فللشفيع السدس الاول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللمشتري الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث ، وللمشتري الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة ، وان قلنا ان الشفعة على عدد الرءوس فللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة وللثالث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم يبع الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول والثاني؟ على وجهين ، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني ؟ على وجهين، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانهما مالكان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنهما أخذا وإلا فلا، فاذا قلنا يشترك الجميع فالذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكمل له النصف والبائع والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما السدس لانه شريك في شفعة بيع واحد وتصح من اثنى عشر

منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فللشفيع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه، وهكذا لو ادعى عليه انك بعت نصيب الغائب باذنه وأقر له الوكيل كان كاقرار البائع بالبيع فاذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينتزع الشقص ويطالب بأجرته من شاء منهما ويستقر الضمان على الشفيع لان المنافع تلفت تحت يده، فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال إنما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه وإن كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لان القضاء ههنا على الحاضر لوجوب الشفعة عليه واستحقاقه انتزاع الشقص من يده فحصل القضاء على الغائب ضمناً، فان لم تكن بينة وطلب الشفيع يمينه ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضي عليه فكذلك إذا نكل واحتمل ان لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب

(فصل) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقيته في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لان لكل عقد حكم نفسه فان أخذ الاول لم يشاركه في شفعته أحد وان أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفعته بنصيبه الاول ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لايشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن الاول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه فشاركه بخلاف ما إذا أخذ فان قلنا يشارك في الشفعة ففي قدر مايستحق وجهان (أحدهما) ثلثه (والثاني) نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرءوس فاذا قلنا يشاركه فعفا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الا خر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه ، وان لم يعف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه. وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالو باعه لثلاثة أنفس على ماشرحناه ويستحق مايستحقون والشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فلشريكهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك

بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفيع اقامة البينة بالشركة وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي ،وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق الشفعة به لان الظاهر من اليد الملك

ولنا ان الملك لايثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فان ادعى أن المدعى عليه يعلم أنه شريك فعلى المشتري اليمين أنه لايعلم ذلك لانها يمين على نفي فعل الغير فكانت على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضي عليه

(فصل) إذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفعته فصدقه عمرو وأنكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمر ولم تثبت الشفعة بذلك وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن واما أن ترده الى البائع فيأخذه الشفيع لانهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

لان المالك اثنان فهما بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدهما تبعيض الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجلا في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لانهما مشتريان فاشبه مالو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لايفضي الى تبعيض صفقة المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿ مسئلة ﴾ قال (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

يعني أن الشفيع اذا أخذ الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فينفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من البائع مالكا من جهته فكانت عهدته عليه

حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكه أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده وأنكر المشتري الشراء لان الذي فى يده الدار مقربها للشفيع ولا منازع له فيها سواه وههنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشيء في يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترقا

﴿مسئلة﴾ (وإن كان عوضاً في الخلع والصداق والصلح عن دم العمد وقلنا بوجوب الشفعة فيه فقال القاضي يأخذه بقيمته)

قال وهو قياس قول ابن حامد وهو قول مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى لانه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل ليس له مثل فوجب الرجوع الى قيمته في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بسلعة لا مثل لها ولانا لو أوجبنا مهر المثل لافضى الى تقويم البضع على الاجانب واضر بالشفيع لان المهر يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال غير القاضي يأخذه بالدية ومهر المثل وحكاه الشريف أبو جعفر عن ابن حامد وهو قول العكلي والشافعي لانه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل إذا لم يكن نقداً ولا مثلياً وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل .

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري الى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولانه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الاول، وقياسه على المشتري في جعل عهدته على البائع لايصح لان المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع، وأما اذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعه لانها استحقت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وان علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشتري أو أخذ أرشه منه وليس للمشتري شيء، ويحتمل أن لايملك الشفيع أخذ الارش لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري، وان علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرش لان الشفيع أخذه عالما بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرش كالمشتري اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الارش لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع ثمنه فأشبه مالو رده على البائع، ويحتمل أن يملك أخذ الارش لانه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر، فعلى هذا مايأخذه من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه ويحتمل ان تجب)

لاتثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان، وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فثبتت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه، وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع في حقه بغير رضاه ولان الشفيع انما يأخذ من المشترى ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لايمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشترى بالعقد بغير رضاه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع فاننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتفويت حق الرجوع في عين ماله وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فانه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فان باع الشفيع حصته في مدة الخيار عالماً ببيع الاول سقطت شفعته وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

فأشبه مالو أخذ الارش قبل أخذ الشفيع منه ، وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرش لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلما فللشفيع رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرده الشفيع فلا يرد المشتري لما ذكرنا أو لا ، وان أخذ الشفيع أرشه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع ، وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه، وان أسقطه عن المشتري توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ،فاما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء ، وفيه رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتر ثان اشترط البراءة ، وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم مالو علمه المشتري دون الشفيع

﴿ مسئلة ﴾ قال (والشفعة لا تورث الا أن يكون الميت طالب بها)

وجملة ذلك أن الشفيع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد اذا مات المقذوف ، والخيار اذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة ،هذه الثلاثة الاشياء انما هي بالطلب

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام إذا باع بثمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته،فاما بيعه بالمحاباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فان كان لوارث بطلت المحاباة لانها في المرض بمنزلة محاباة الوصية في الوصية لوارث لاتجوز ويبطل البيع في قدر المحاباة من المبيع وهل يصح فيما عداه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري أبرأ الضامن في كل المبيع فلم يصح في بعضه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قبلت نصفه بخمسة ولانه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح لتفريق الصفقة (الثاني) أن يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى وللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذما صح فيه البيع وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من المحاباة فاختص بما قابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك

فاذا لم يطلب فليس تجب إلا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فان مات بعده كان لوارثه الطلب به ، وروي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول ، فأما خيار الرد بالعيب فانه لاستدراك جزء فات من المبيع (الحال الثاني) اذا طالب بالشفعة ثم مات فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة قولا واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الاخذ بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكا للشفيع بنفس المطالبة ، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فانه لو صار ملكا للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها، فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على حسب مواريثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى جميعهم كسائر الحقوق المالية، وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرءوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم، فان ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء اذا عفا بعضهم عن شفعته لأنا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

المحاباة له فان أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشترى ويملك الشفيع الأخذ به لانه يأخذ بالثمن، وان ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثة وردهم لان حقهم متعلق بالبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه فان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لانه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيبه

(فصل) إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبي فان لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الاخذ بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً فان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لان المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني) يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لاننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة ، ويفارق الهبة لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا . ولأصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين (والثالث) أن البيع باطل من أصله لافضائه الى إيصال المحاباة الى الوارث

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وكان للورثة المطالبة بها ، نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطالب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطلب

(فصل) وإذا بيع شقص لشفيعان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورثه العافي فله أخذ الشقص بها لانه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها كالأجنبي ، وكذلك لو قذف رجل أمهما وهي ميتة فعفا أحدهما فطالب الاخر ثم مات الطالب فورثه العافي ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لان الحق انتقل إلى الغرماء

ولنا انه بيع في شركة ماخلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم ان التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لان البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكا للموروث فبيع نصيب الموروث في

وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل فرعه وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث المحاباة إنما حصلت لغيره ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبه هبة غريم الوارث (الوجه الرابع) أن للشفيع أن يأخذ بقدر ماعدا المحاباة بجميع الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لان المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لايصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحاباة وهو فاسد لانها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن ونحو ذلك إذا كان الشقص والثمن معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ،وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالايجاب في البيع اذا انضم اليه القبول ،وقال أبو حنيفة لا يحصل الا بحكم حاكم لانه نقل الملك عن مالكه الى غيره قهراً فافتقر الى حكم حاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حكم حاكم كالرد بالعيب وبهذا ينتقض ماذكروه ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولانه مال يتملكه قهراً فملكه بالاخذ كالغنائم والمباحات ، وملكه باللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك المطالبة بمجردها لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد

دينه فلا شفعة أيضا لان نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لان حقه أسبق من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية له كما لو تلف ولا يستحق الموصى له بدلا لانه لم يوص له الا بالشقص وقد فات بأخذه

ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير للموصي إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للوصي إذا قلنا ان الملك ينتقل اليه بمجرد الموت، فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لاننا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأ نا لا نعلم أن الملك له قبل القبول وانما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك، ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم، ويفارق الموصى له من وجهين (أحدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل مايعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين انه من غير المستحق، وان قلنا

المطالبة ولو وجب اذا كان له شفيعان فطلبا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه. اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع وان كان الثمن مجهولا أو الشقص لم يملكه بذلك لانه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوض كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(مسئلة) (وان أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة ؟ على وجهين (أحدهما) تجب الشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) لا تجب ونصره الشريف ابو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لان الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولان الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه، ووجه الاول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولانه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه، فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لان القبض منه ولم يثبت

بالرواية الاولى فطالب الورثة بالشفعة فلهم الاخذ بها ، وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لان الشقص الموصي به انما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبه ما لو أخذ بها الموصي في حياته ،وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شركته،وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على مالو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

(فصل) ولو اشترى رجل شقصا ثم ارتد فقتل أو مات فللشفيع أخذه بالشفعة لانها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله أو موته لايمنع الشفعة كالو مات على الاسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصا فتصرفه موقوف ، فان قتل على ردته أو مات عليها تبينا ان شراءه باطل ولا شفعة فيه،وان أسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لان ملكه يزول بردته فاذا أسلم عاد اليه تمليكا مستأنفا

وقال الشافعي وأبو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه ، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ، وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضا لان أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبه شراءه لغيره ، وان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين ، فان كان

الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لان مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة ، فان قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله فهلا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وههنا بخلافه،ولان البائع يدعي أن الثمن الذى يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالنائب عن المشتري في دفع الثمن، والبائع كالنائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فان كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لايدعيه أحد لان البائع يقول هو للمشترى والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشترى اما أن تقبضه وإما أن تبرىء منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشترى دفع اليه لانه لاحدهما،وإن تداعياه جميعا فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه ماقبض منه شيئا فهو للمشتري لان البائع قد أقر له به ولان البائع اذا أنكر القبض لم يكن مدعياً لهذا الثمن لان البائع لايستحق على الشفيع ثمنا انما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فانه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه اليه

(مسئلة) (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشترى على البائع)

طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى المسلمين ينظر فيها الامام أو نائبه. وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعته كما لو مات على إسلامه، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين ان مات بعد الطلب وإلا فلا

﴿مسئلة﴾ قال (وان اذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك)

وجملة ذلك أن الشفيع اذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ماأشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والبتي وأصحاب الرأي، وروي عن أحمد مايدل على أن الشفعة تسقط بذلك فان اسماعيل ابن سعيد قال قلت لأحمد مامعنى قول النبي ﷺ «من كان بينه وبين أخيه ربعة فأراد بيعها فليعرضها عليه» وقد جاء في بعض الحديث «ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه» إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال: ماهو ببعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة. وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث

قال ابن المنذر: وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفعته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي ﷺ «من كان له شركة في أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن

اذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبه قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى والبتي عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فينفسخ البيع بين البائع والمشتري فكأن الشفيع أخذه من البائع مالكا من جهته فكانت عهدته عليه

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك المشتري ثم يزول الملك من المشتري الى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولانه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الاول، وقياسه على المشتري في جعل عهدته على البائع لا يصح لان المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع، وأما اذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لانها استحقت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري فان علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشتري أو أخذ ارشه منه وليس للمشتري شيء ويحتمل أن لا يملك الشفيع

شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك » ومحال أن يقول النبي ﷺ « ومن شاء ترك » فلا يكون لتركه معنى ، ومفهوم قوله فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه باذنه لاحق له ، ولان الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الاصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بادخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فانه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه وان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع

ووجه الاول انه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبرأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك ان أراد فتخف عليه المؤنة ويكتفي أخذ المشتري الشقص لا لإسقاط حقه من شفعته

(فصل) اذا توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي وبعض الشافعية ان كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري ، وقال أصحاب الرأي لاشفعة لوكيل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه

ولنا انه وكيل فلا تسقط شفعته كالآخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل انما ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى

أخذ الارش لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذى استقر على المشترى وان علم الشفيع وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرش لان الشفيع أخذه عالما بعيبه فلم يثبت له رد ولا ارش كالمشترى اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الارش لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع الثمن فأشبه مالورده على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الارش لانه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر . فعلى هذا ما يأخذه من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبه مالو اخذ الارش قبل اخذ الشفيع منه وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا ارش لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلما فللشفيع رده على المشتري وللمشتري رده على البائع فان لم يرده الشفيع فلا رد للمشتري لما ذكرنا اولا ، وان اخذ الشفيع أرشه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشترى سقط عنه من الثمن بقدره لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ، فأما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح في المذهب أنه لا يبرأ وحكمه حكم مالو لم يشترط وفيه رواية

الوكيل لما ثبتت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها ، وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه. فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(فصل) وان ضمن الشفيع العهدة للمشتري أو شرط له الخيار فاختار امضاء العقد لم تسقط شفعته وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم به فاشبه البائع اذا باع بعض نصيب نفسه . ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالاذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع ، وما ذكروه لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع قد تم به وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل خمساها ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال

أخرى أنه يبرأ الا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتريين اشترطا البراءة وان لم يعلم ذلك فحكمه حكم مالو علمه المشتري دون الشفيع

﴿مسئلة﴾ (وان أبى المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفيع منه قاله القاضي قال وليس له أخذه من البائع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره ، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فاذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع ويكون كاخذه من المشتري وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كما لو قبضه المشتري والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (ولو ورث اثنان شقصا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم الاخ أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أخص بشركته من شريك أبيه لاشتراكهما في سبب الملك

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد ولان الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود في حق الكل وما ذكروه لا أصل

المضاربة كشريك آخر لان حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

(فصل) فان كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر مايستحق من الشفعة فان الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبي لنفسه أو لشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته، وان أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف بني على خبر المشتري فلم يؤثر في اسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها لانه لايملك تبعيض صفقة المشتري، ويحتمل أن لايسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن اقراره، وان انكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشتري على الاقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل لانه لامنازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) وان قال أحد الشفيعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة وكذلك ان قال ما اشتريته انما اتهبته وصدقه الآخر انه اشتراه فالشفعة للمصدق

له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر أو ورثاه أواتهباه أووصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه ،أوورث ثلاثة دارا فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباعت أحدى البنتين نصيبها أواحدى الاختين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وترك ثلاث بنين وأرضاً فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنين أووصى بثلثه لاثنين فباع أحد الشريكين الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم ولمخالفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

﴿مسئلة﴾ (ولا شفعة لكافر على مسلم)

روي ذلك عن الحسن والشعبي وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجماعة من أهل العلم تجب له الشفعة لعموم قوله عليه السلام « لايحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ماروى الدارقطني في كتاب العلل باسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال « لاشفعة لنصراني» وهذا يخص عموم مااحتجوا به ولانه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة انما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه وقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر

بالشراء لان شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع صحيح ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لاشفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وان اعتقد أن لا شفعة وطالب بها فارتفع الى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فاشبه مالو سقطت باسقاط المستحق

(فصل) اذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فانكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار اخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم انه محق في دعواه وان ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشره ودفعا لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة وان قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لانه يزعم أنه أخذه عوضا عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضا لانها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنقذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي فان حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولان ثبوت الشفعة في محل الاجماع على خلاف الاصل رعاية لحق الشريك المسلم وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الاصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الادلة ولانها اذا ثبتت للمسلم على المسلم مع عظم حرمته فلان تثبت على الذمي مع دناءته أولى

(فصل) وتثبت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولانهما تساويا في الدين فتثبت لأحدهما على الاخر كالمسلمين ولا نعلم في هذا خلافا فان تبايعوا بخمر أوخنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض مافعلوه، وان جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا الينا لم نحكم له بالشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة اذا كان الثمن خمراً لانها مال لهم فاشبه مالو تبايعوا بدراهم لكن ان كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وان كان مسلما أخذه بقيمة الخمر ولنا أنه عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ولانه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة، ولا نسلم أن الخمر مال لهم فان الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير واعتقادهم حله لايجعله مالا كالخنزير، وانما لم ينقض عقدهم اذا تقابضوا لاننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم مالم يتحاكموا الينا قبل تمامه ولو تحاكموا الينا قبل التقابض لفسخناه. فاما أهل البدع فتثبت الشفعة لمن حكمنا باسلامه منهم كالفاسق بالافعال لعموم الادلة التي ذكرناها، وروى حرب عن أحمد إنه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وذكر

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ثم باعه لاجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الاخذ بأحدهما لانه شريك فيهما فان أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي يد مشتريه لانه لاشريك له في شفعته ، وإن أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشتري شريكه في شفعته ويأخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فاذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف مافي يده والشفيع يستحق ربع مافي يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الاول، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثنى عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع مافي يد الثاني وربع مافي يد الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الاول نصف الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لانه يأخذ نصف مااشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع مااشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ماذكرنا

له عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك ، وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم فأما الغلاة كالمعتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وتثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبتي لا شفعة لمن لم يسكن المصر وعموم الادلة واشتراكها في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة يدل على ثبوتها لهم

(فصل) قال احمد في رواية حنبل لانرى في أرض السواد شفعة لان عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها والشفعة إنما تكون في البيع وكذلك الحكم في سائر الارض التي وقفها عمر وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين الا ان يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الامام أو نائبه فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه

﴿ مسئلة ﴾ (وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ولرب المال على المضارب فيما يشتريه من مال المضاربة؟ على وجهين)

لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لاحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ثم باع ربعا مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه ، وإن أخذ بالبيع الاول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لان المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الاول وثلثه من الثاني، ويخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثا لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك ويصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن الى المشترى الاول ويرجع المشترى الثاني عليه بتسع الثمن الذى اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهما وهي خمسة أتساع ويبقى في يد الاول ستة عشر سهما وهي أربعة أتساع ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع إلى الثاني ثمانية أتساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد

إذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها، فان تركها فلرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفوه كالمأذون له ، فان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما ، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره، وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك ، وأن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا، فان باع المضارب شقصا في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه متهم فاشبه شراءه من نفسه

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بالف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل مثله ولرب المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

(فصل) فان كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فان الشفعة بين

ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وذلك تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه السدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من مبيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفعته فيقسم بينهما أثلاثا وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون سهما لعمرو ثلثاها بشفعته ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثيها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهما قد أخذ منها اثنى عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهما ولبكر ثلاثون سهما ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسم تسعها ويدفع عمرو الى بكر ثلثي الثمن في البيع الاول وعليه وعلى زيد خمسة اتساع الثمن الباقي بينهما اثلاثا ، وان عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد اثلاثا ويحصل لعمرو اربعة اتساع الدار لزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة وان باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيعه إياه لعمرو الا أن لعمرو العفو عن شفعته في السدس بخلاف ما اذا كان هو المشتري فانه لا يصح عفوه عن نصيبه منها، وان باع بكر الثلث لاجنبي فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الاول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد

الشريكين نصفين سواء اشتراها الاجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته ، وان أخذ نصف المبيع كذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصاره على أخذ النصف انبنى على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه ، وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها لانه لا يملك تبعيض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن اقراره ، وان أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشتري على الاقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل لانه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) فان قال أحد الشريكين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة ، وكذلك ان قال ما اشتريته إنما اتهبته وصدقه الآخر ان اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لان شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع أو لا بيع صحيح ، ولو احتال المشتري على اسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها ، ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل

الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثا وتصح أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلي ثمن مبيعه ، ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما أثلاثا ويرجع المشتري الثاني على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفعته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئا (الثاني) تبطل شفعته كلها (والثالث) تبطل في قدر ماباع وتبقى فيما لم يبع ، وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما شفعة ماباعه ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا للمشتري نصفها ولكل واحد منهما ربعها على أملاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعه بالشفعة فيبقى معه خمسة أتساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناه الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكراً بالسهام المستحقة بالشفعة شيئا لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا لهم عن الشفعة استحقوابها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه بسهامه دون غير المعفو عنه ، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطال ، وخرج الى الاملال،

البيع وقال لاشفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وان اعتقد ان له شفعة وطالب بها فارتفعا الى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فأشبه مالو سقطت باسقاط المستحق

(فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث دار فانكره ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم أنه محق في دعواه وان ماأخذه عوض عن الثلث الذى ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وانما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشره ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة ، وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذى تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذى يأخذه لانه يزعم انه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذى أخذه المدعي أيضاً لانها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

ولنا ان المدعي يزعم ان ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وانما استنقذه بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ثم باعه لاجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الاخذ بأحدها لانه شريك فيهما فان أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي يد مشتريه لانه لا شريك له في شفعته وان أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع

(فصـل) واذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحـدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه ، فان طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم اثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك ، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله، وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من ستة عشر ، وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصـل للعفو عنه ثلاثة أثمان ، والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر ، وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم اثلاثا فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلث ثمن وذلك سدس وثمن والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحـدهما عن صاحبه أخذ ممن لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ، ويصح أيضا من ثمانية وأربعين، وان عفا الرابع واحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فللغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ماذكرنا

وهو السدس لان المشتري شريكه في شفعته، ويأخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فاذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه الى الاول، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثنى عشر ثم ترجع الى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الاخرين الربع ، وان أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لانه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن، وان كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ما ذكرنا لايختلف، وان كانت الدار بين الثلاثة أرباعا لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ثم باع ربعا مما في يده لاجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع الى المشتري ثمنه وان أخذ بالبيع الاول وحده أخذ ثلث المبيع وهو

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)

وجملة ذلك أن الذمي اذا باع شريكه شقصا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي واياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام « لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ماروى الدارقطني في كتاب العلل باسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال « لا شفعة لنصراني » وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولانه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب للذمي على المسلم كالزكاة ولانه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة انما ثبتت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي فان حق المسلم أرجح ورعايته أولى ، ولان ثبوت الشفعة في محل الاجماع على

نصف سدس لان المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس ويأخذ ثلثيه من المشتري الاول وثلثه من الثاني ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثا لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فيرد الثلاثة الى الشريك يصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشترى الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن الى المشترى الاول ويرجع المشترى الثاني عليه بتسع الثمن الذى اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه، وان أخذ بالعقدين أخذ من من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهي سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهما وهي خمسة أتساع ويبقى في يد الاول ستة عشر سهما وهي أربعة أتساع ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثمانية أتساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشرائه للثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وهو تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من بيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفعته فتقسم بينهما أثلاثاً وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون لعمرو ثلثاها بشفعته ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثيها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذى

خلاف الاصل رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الاصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الادلة الموجبة ، لانها اذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمته ورعاية حقه فلأن تثبت على الذمي مع دناءته أولى وأحرى

(فصل) وتثبت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولانهما تساويا في الدين والحرمة فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم ، ولا نعلم في هذا خلافا ، وان تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض مافعلوه ، وان كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا الينا لم نحكم له بالشفعة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو الخطاب ان تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة

وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمراً لأنها مال لهم فأشبه مالو تبايعوا بدراهم لكن ان كان الشفيع ذميا أخذه بمثله وان كان مسلما أخذه بقيمة الخمر

ولنا انه بيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ، ولانه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم ان الخمر مال لهم فان الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير ، وانما لم ينقض عقدهم اذا تقابضوا لاننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم مالم يتحاكموا الينا قبل تمامه ولو تحاكموا الينا قبل التقابض لفسخناه

(فصل) فأما أهل البدع فمن حكم باسلامه فله الشفعة لانه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالافعال ولان عموم الادلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها

اشتراه سبعة وعشرون سهما قد أخذ منها اثنا عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهما ولبكر ثلاثون سهما ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها، ويدفع بكر الى عمرو ثلثي الثمن في البيع الاول وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الثاني بينهما أثلاثا ، فان عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد أثلاثا ، ويحصل لعمرو اربعة أتساع الدار ولزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة ، وان باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيعه إياه لعمرو الا أن لعمرو العفو عن شفعته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فانه لا يصح عفوه عن نصيبه منها، وان باع بكر الثلث لاجنبي فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الاول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثيهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثاً، وتصح أيضاً من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه ويدفع هو وزيد الى المشتري الثاني ثمن خمسة أتساع مبيعه بينهما أثلاثاً، ويرجع المشتري الثاني على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفعته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئاً (والثاني) تبطل شفعته كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع وقد ذكرنا توجيه هذه ، الوجوه فاما

وقد روى حرب ان أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة ؟ ويروى عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام ، فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة ، وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالمعتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وتثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبتي لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الادلة واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة

(فصل) قال أحمد في رواية حنبل لا نرى في أرض السواد شفعة وذلك لان أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة انما تكون في البيع ، وكذلك الحكم في

شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشترى الثاني وزيد وبكر ارباعا للمشترى نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر املاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعه بالشفعة فيبقى معه خمسة أتساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناها الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكراً بالسهام المستحقة بالشفعة شيئاً لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا لهم عن الشفعة استحقوابها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئاً وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه، بسهامه دون غير المعفو عنه وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان، ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطال وخرج الى الاملال

(فصل) اذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فان طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثا وصارت الدار بينهم كذلك، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين ، وتصح من ستة عشر ، وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الاخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان والباقي بين الرابع والاخر نصفين وتصح من ستة عشر، وان عفا أحد المشتريين ولم يعف الاخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الاخر بينهم أثلاثا فيحصل للذي لم يعف عنه ربع

سائر الارض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين الا أن يحكم ببيع ذلك حاكم أو يفعله الامام أو نائبه، فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه والله أعلم

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من ثمره، وانما سميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم الى السقي لانهم يستقون من الآبار فسميت بذلك، والاصل في جوازها السنة والاجماع، أما السنة فما روى عبد الله بن عمر (رض) قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع حديث صحيح متفق عليه، وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم الى اليوم يعطون الثلث والربع، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان اجماعا، فان قيل لا نسلم انه لم ينكره منكر فان عبد الله بن عمر راوي

وثلث ثمن وذلك سدس وثمن والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين، وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ ممن لم يعف عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التى قبلها وتصح أيضاً من ثمانية وأربعين، وان عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس وثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرناه

باب المساقاة

وهي أن يدفع إنسان شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من الثمرة، وسميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجتهم الى السقي لكونهم يسقون من الآبار، فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع أما السنة فما روى عبد الله بن عمر قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع متفق عليه، وأما الاجماع فقال أبو جعفر علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم الى اليوم يعطون الثلث والربع وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان إجماعا

حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة وهذا يمنع انعقاد الاجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لايجوز حمل حديث رافع على مايخالف الاجماع ولاحديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهي النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه مايدل على صحة قولنا فروى البخاري باسناده قال : كنا نكري الارض بالناحية منها تسمى لسيد الارض فربما يصاب ذلك وتسلم الارض وربما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهينا ، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وروي تفسيره أيضا بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسئل عن حديث رافع بن خديج نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة فقال رافع روي عنه في هذا ضروب كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طاوس ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال « لان يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي ﷺ حتى مات وهو

(مسئلة) (تجوز المساقاة في ثمر النخل وفي كل شجر له ثمر مأكول ببعض ثمرته)

هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد واسحاق وأبو ثور، وقال داود لا تجوز إلا في ثمر النخل لان الخبر إنما ورد بها فيه، وقال الشافعي لاتجوز إلا في النخل والكرم لان الزكاة تجب في ثمرتهما، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لان الزكاة لا تجب في نمائها فأشبه مالا ثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لانها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارته بثمرة غير الشجر الذي يسقيه

ولنا ما ذكرنا من الحديث والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما فان قيل راوى حديث خيبر ابن عمر وقد رجع عنه فقال . كنا نخابر اربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج ان رسول الله ﷺ نهي عن المخابرة ولا ينعقد الاجماع مع مخالفته، ويدل على نسخ حديث ابن عمر أيضاً رجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لايجوز حمل حديث رافع على مايخالف الاجماع ولاحديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهي النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل ذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، على أنه قد روي في تفسير خبر

يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخبر لايجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل على ذلك فان كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لاشجر لهم ويحتاجون الى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين فجاز ذلك كالمضاربة بالاثمان

﴿ مسئلة ﴾ قال ابو القاسم (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد واسحاق وأبو ثور وقال داود لايجوز الا في النخيل لان الخبر انما ورد بها فيه ، وقال الشافعي لايجوز إلا في النخيل والكرم لان الزكاة تجب في ثمرتهما، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لاتجوز فيه لان الزكاة لاتجب في نمائه فأشبه مالا ثمرة له ، وقال أبوحنيفة وزفر لاتجوز بحال لأنها اجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه

رافع عنه مايدل على صحة قولنا فروى البخاري باسناده عنه قال كنا نكري الارض بالناحية منها تسمى لسيد الارض فربما يصاب ذلك وتسلم الارض وربما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهينا فاماالذهب والورق فلم يكن يومئذ ،وروي تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة فقال رافع يروى عنه في هــذا ضروب وكأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه، وقال طاوس ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني ان النبي صلى عليه وسلم لم ينه عنه ولـكن قال« لان يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع، عليه فكيف يجوز نسخ أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده ؟ ولا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته ، والمعنى يدل على ذلك فان كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون الى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ماخالفهما، وقولهم انها إجارة غير صحيح انما هو عقد على العمل في المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة، وينكسر ماذكروه بالمضاربة فانه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه ، ثم قد جوز الشارع العقد في الاجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في الحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه ؟ فأما في ابطال نص وخرق اجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه ، وأما تخصيص ذلك بالنخيل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر مايخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل، وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر مايخرج من النخل والشجر ، ولانه شجر يثمر كل حول فأشبه النخيل والكرم، ولان الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وانما العلة ماذكرناه

(فصل) فاما مالا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولان المساقاة انما تكون بجزء من الثمرة وهذا لاثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لانه نماء يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

فجاز كالمضاربة بالاثمان، فاما قياسهم فيبطل بالمضاربة فانه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد في الاجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة؟ مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه، فاما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه ، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلد ذات اشجار تخلو من شجر غير النخل وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر رواه الدارقطني ولانه شجر يثمر كل حول فأشبه النخل والكرم ولان الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فأشبه النخل ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصل) فأما مالا ثمر له كالصفصاف والجوز أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه غير منصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولان المساقاة إنما تجوز بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له إلا ان يكون مما يقصد ورقه أو زهره كالتوت

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين (إحداهما) تجوز وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى ، وانما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة ، فان بقي ما لا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فان النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع ، ولان هذا يفضي الى أن يستحق بالعقد عوضا موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقي فلم يصح كالو بدا صلاح الثمرة، ولانه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ، ولان هذا جعل العقد إجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك

وقولهم انه أقل غرراً قلنا قلة الغرر ليست من المقتضي للجواز، ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئا ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضا موجوداً ولا ينتقل اليه من ملك رب المال شيء وانما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ماشرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقا به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح

(فصل) فأما قول الخرقي (بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين (أحدهما) ان

والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لكونه مما يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له حكمه

(مسئلة) (وتصح بلفظ المساقاة) لانه موضوعها حقيقة وبلفظ المعاملة لقوله في الحديث عامل أهل خيبر على شطر مايخرج منها، وتصح بكل مايؤدي معناها من الالفاظ نحو فالحتك واعمل في بستاني هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبهه لان القصد المعنى فاذا أتى بأي لفظ دل عليه صح كالبيع

(مسئلة) (وتصح بلفظ الاجارة في أحد الوجهين)

لانه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الالفاظ المتفق عليها والثاني لاتصح وهو اختيار أبي الخطاب لان الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما وتكون لازمة والمساقاة بخلافه والاول أقيس لما ذكرنا

(مسئلة) (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الارض بثلث مايخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الاجارة ذكره أبوا لخطاب)

فمعنى قوله أجرتك هذه الارض بثلث أي زارعتك عليها بثلث عبر عن المزارعة بالاجارة على سبيل المجاز كما يعبر عن الشجاع بالاسد، فعلى هذا يكون نهيه عليه السلام عنها بثلث أو ربع إنما ينصرف الى الاجارة الحقيقية لا عن المزارعة وقال أكثر أصحابنا هي إجارة لانها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقية وتصح ببعض الخارج من الارض كما تصح بالدراهم قال شيخنا والاول أقيس وأصح لما سبق

المساقاة لاتصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشطر مايخرج منها وسواء قل الجزء أو كثر، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء وجعل جزءا منها لنفسه والباقي للعامل جاز مالم يفعل ذلك حيلة، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالخمسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف سبع ونحو ذلك جاز، وإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لانه إذا لم يكن معلوما لم تمكن القسمة بينهما، ولو ساقاه على آصع معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم آصعا لم تجز لانه ربما لم يحصل ذلك أولم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أوربما كثر الحاصل فيستضر العامل، وان شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لانها قد لاتحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل، ولهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكانا معينا وللعامل مكانا معينا

قال رافع كنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا. متفق عليه، فمتى شرط شيئا من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لانها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (الثاني) ان الشرط للعامل لانه انما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لاجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط، فاذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح وكان الباقي لرب المال، وان قال على ان لي ثلث الثمرة فقال ابن

﴿ مسئلة ﴾ (وهل تصح على ثمرة موجودة؟ على روايتين) (احداهما) تجوز اختارها أبو بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لانها اذا جازت مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى وإنما تصح اذا بقي من العمل ما تزيد به الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة فان بقي مالا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا يجوز وهو القول الثاني للشافعي لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فان النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من زرع أو ثمر، ولان هذا يفضي الى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال الى المساقي فلم يصح كما لو بدا صلاح الثمرة ولانه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ولان هذا يجعل اجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك، وقولهم إنهما أقل غرراً قلنا قلة الغرر ليس من المقتضي للجواز ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة منه فلا تؤثر قلته شيئاً، والشرع ورد به على وجه لايستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل اليه من ملك رب المال شيء وانما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا اثبات عقد ليس في معناه الحاقا به كما لو بدا صلاح الثمرة وكالمضاربة بعد ظهور الربح، ومن نصر الوجه الاول قال نص النبي ﷺ على المساقاة على الثمرة المعدومة بجزء منها تنبيه على جوازها على الموجودة لما

حامد يصح والباقي للعامل ، وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة ، وان اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل لان الشرط يراد لاجله كما ذكرنا

(فصل) إذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدرا كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم وخمس الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعلمان قدر كل نوع صح لان ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف القدر المشروط من الآخر . وان لم يعلما قدره أو لم يعلم أحدهما لم يجز لانه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير ، ولو قال : ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لانها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وان قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر لم يصح لانه مجهول لا يدرى أيهما الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لانهما كبستانين

(فصل) وان كان البستان لاثنين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لانه غرر

ذكرنا ، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الربح لانها لا تحتاج الى عمل وههنا يحتاج اليه فلا يصح القياس ، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها فانه لا يصح بغير خلاف علمناه لكون العمل لا يزيد في الثمرة بخلاف الرواية الاولى فان العمل يزيد فيها فافترقا

(فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر الى مدة يحمل فيها غالباً بجزء من الثمرة صح لانه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من الف ، وفيه الاقسام التي نذكرها في كبار النخل والشجر فان قلنا المساقاة عقد جائز لم يحتج إلى ذكر مدة وان قلنا هو لازم اشترط ذكر المدة وسنذكره

﴿مسألة﴾ (وان ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح)

والحكم فيه كالحكم فيما إذا ساقاه على صغار الشجر على ما بينته قال أحمد في رواية المروذي فيمن قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجرا أو نخلا فما كان من غلة فلك بعملك كذا وكذا سهما من كذا وكذا فاجازه ، واحتج بحديث خيبر في الزرع والنخل لكن يشترط أن يكون الغرس من رب الارض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الارض ، فان كان من العامل خرج على الروايتين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الارض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له نقصها وبين تركها في أرضه ويدفع اليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الارض ثم جاء الشفيع

فانه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه وقد يكثر فيتوفر حظه فاما ان شرطا قدرا واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فصار كما لو قالا بعناك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا ، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشرط لهما التساوي في النصيب ويجوز أن يشرط لاحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لان قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرا

(فصل) ولو دفع الى رجل بستانا فقال ما زرعت فيه من حنطة فلي ربعه وما زرعت من شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لان ما يزرعه من كل واحد من هذه الاصناف مجهول قدر فجرى مجرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منهما، وان قال إن زرعتها حنطة فلي ربعها وان زرعتها شعيراً فلي ثلثه وان زرعتها باقلا فلي نصفه لم يصح أيضاً لانه لا يدري ما يزرعه فاشبه ما لو قال بعتك بعشرة صحاح أو احد عشرة مكسرة وفيه وجه آخر انه يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله وان قال مازرعتها من شيء فلي نصفه صح

فاخذها وان اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع من تحويله وان أتفقا على ابقاء الغرس ودفع أجر الارض جاز

(فصل) ولو دفع أرضه الى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجز ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فان المزارع يبذر الارض فتكون بينه وبين صاحب الارض وهذا نظيره ، فأما ان دفعها على أن الارض والشجر بينهما فذلك فاسد وجهاً واحداً وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفا لانه يشترط اشتراكهما في الاصل ففسد كما لو دفع اليه الشجر أو النخيل ليكون الاصل والثمرة بينهما أوشرط في المزارعة كون الارض والزرع بينهما

(فصل) ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بجزء معلوم من الثمرة كالثلث والربع لحديث ابن عمر في خيبر وسواء قل الجزء أو كثر فلو جعل للعامل جزءاً من مائة جزء أو جعل الجزء لنفسه والباقي للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة ،فان عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب لم يجز لانه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ولو جعل له آصعاً معلومة أوجعل مع الجزء المعلوم آصعا لم يجز لانه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أويكثر الحاصل فيتضرر العامل وكذلك ان شرط له ثمر شجر بعينه لانه قد لايحمل وقد لايحمل غيرها ولهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكاناً معينا وللعامل مكاناً معينا قال رافع كنا نكتري الارض على أن لنا

لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر واما بتقدير المكان وتعيينه او بمساحته مثل ان قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيرا وتزرع مدين حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيزا حنطة وقفيزين شعيرا جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به

(فصل) وان ساقاه على انه ان سقى سيحا فله الثلث وان سقى بكلفة فله النصف لم يصح لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة، ويتخرج ان يصح قياسا على مسئلة الاجارة ولو قال لك الخسان ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه احمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسئلة التي قبلها ويخرج فيها مثل ماخرج فيها ، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح لانه شرط عقدا في عقد فصار في معنى بيعتين في بيعة كقوله بعتك ثوبي على أن تبيعني ثوبك وانما فسد لمعنيين (أحدهما) انه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكانه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) ان العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط واذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولا

هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه، فمتى شرط شيئا من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لانها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة

(فصل) ولا يحتاج أن يشرط لرب المال لانه يأخذ بماله لا بالشرط فاذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقي لرب المال، وان قال على ان لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد يصح وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة، وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل لانه انما يستحق بالشرط كما ذكرنا ، فان اختلفا في قدر المشروط للعامل فقال ابن حامد القول قول رب المال وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى مايشبه لانه أقوى سبباً لتسلمه الحائط والعمل، وقد ذكرنا في المضارب رواية ان القول قوله إذا ادعى أجر المثل فيخرج ههنا مثله وقال الشافعي يتحالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فكان القول قوله فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة انبنى على بينة الداخل والخارج فان كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه مما يدعيه من مال المصدق وان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلا

(فصل) وان ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر اكثر من نصيبه مثل أن يكون الاصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث، وان ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لان العامل يستحق نصفها بملكه ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئا ، واذا شرط له الثلث فقد شرط ان غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح ، فاذا عمل في الشجر بنا. على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئا لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فأشبه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء، وذكر أصحابنا وجها آخر انه يستحق أجر مثله لان المساقاة تقتضي عوضا فلا تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله

ولنا انه عمل في مال غيره متبرعا فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين (أحدهما) ان عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئا (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك ولان المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجبا بالعقد أو بالاصابة أو بهما فان وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لا يوجب ولو أوجب لاوجب قبل العمل ولا خلاف

كانت شهادته كعدمها ولو كانا عاملين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته لما ذكرنا

(فصل) واذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعرفان قدر كل نوع صح لان ذلك كثلاثة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر ،وان لم يعلما قدره أو أحدهما لم يجز للجهالة، ولو قال ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لانها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كقوله بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وان قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر ولم يعينه لم يصح للجهالة لانه لا يعلم الذي يستحق نصفه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لانهما كبستانين

(فصل) فان كان البستان لاثنين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم ما لكل واحد منهما جاز لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لانه غرر فانه قد يقل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فاما ان شرطا قدراً واحداً من مالهما جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فهو كما لو قالا بعناك

ان هذا لايوجب قبل العمل شيئا،وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لاتستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لأوجبت وهذا بخلافه،وان وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فاما إن ساقي أحدهما شريكه على أن يعملا معا فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساويا فيه ، وان كان لأحدهما فضل نظرت فان كان قد شرط له فضل مافي مقابلة عمله استحق مافضل له من أجر المثل وان لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج الى سقي وبهذا قال مالك ولا نعلم فيه خلافا عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو الى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لايختلف معها كالبيع فان ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لانه عقد على مجهول فلم يصح كالبيع وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع

(فصل) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الالفاظ نحو عاملتك وفالحتك واعمل في بستاني هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبه هذا لان القصد المعنى فاذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالبيع، وان

دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا،ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشرط لهما التساوي في النصيب وان يشرط لأحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لانه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدراً

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيع وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح لانه عقد على مجهول أشبه البيع وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيع .

(فصل) وتصح على البعل كما تصح على السقي وبه قال مالك ولا نعلم فيه خلافا عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه

(مسئلة) (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه)

وكذلك المزارعة أومأ اليه أحمد في رواية الاثرم وقد سئل عن الاكار يخرج من غير ان يخرجه صاحب الضيعة فلم يمنعه من ذلك ذكره ابن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا

قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ذكره أبو الخطاب، لان الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما والعمل معلوما، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه (والثاني) يصح وهو أقيس لانه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الالفاظ المتفق عليها

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول احمد تجوز اجارة الارض ببعض الخارج منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الاجارة إنما يعتبر في الاجارة الحقيقية أما اذا أريد بالاجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة

(فصل) ويلزم العامل باطلاق عقد المساقاة مافيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الارض تحت الشجر والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع مايحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وادارة الدولاب، والحفظ للثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وان كان مما يشمس فعليه تشميسه، وعلى رب المال مافيه حفظ الاصل كسد الحيطان وانشاء الانهار وعمل الدولاب وحفر بئره وشراء مايلقح به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال كل مايتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال وهذا صحيح في العمل، فأما شراء مايلقح به فهو على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل

هو لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازما كالاجارة لانه لو كان جائزا كان لرب المال فسخه اذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فيتضرر

ولنا ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فقال رسول الله ﷺ « نقركم على ذلك ما شئنا » ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة اليه في مدة اقرارهم، ولان النبي ﷺ لو قدر لهم مدة لنقل لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه اجلاهم من أرض الحجاز وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز اخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة، وفارق الاجارة لانها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولان عوضها معلوم أشبهت البيع، وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة فقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما اذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يفتقر الى ذكر مدة لان النبي ﷺ لم يضرب لاهل خيبر مدة معلومة ولا خلفاؤه حين عاملوهم، ولانه عقد جائز فلم يفتقر الى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد

فاما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل فاشبهت مايلقح به ، والاولى أنها على العامل لانها تراد للعمل فاشبهت بقر الحرث ولان استقاء الماء على العامل اذا لم يحتج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج الى بهيمة كغيره من الاعمال

وقال بعض أصحاب الشافعي مايتعلق بصلاح الاصول والثمرة معا كالكسح للنهر والثور هو على من شرط عليه منهما ، إن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا مايدل على أنه على العامل ، فأما تسميد الارض بالزبل ان احتاجت اليه فشراء ذلك على رب المال لانه ليس من العمل فجرى مجرى مايلقح به وتفريق ذلك في الارض على العامل كالتلقيح ، وإن أطلقا العقد ولم يبينا ما على كل واحد منهما فعلى كل واحد منهما ماذكرنا أنه عليه وإن شرطا ذلك كان تأكيداً ، وإن شرطا على أحدهما شيئا مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لايجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فافسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال

وقد روي عن أحمد مايدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الخرقي في المضاربة ، لانه شرط لايخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه ، لكن يشترط أن يكون مايلزم كل واحد من العمل معلوما لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل ، وأن لايكون ما على رب المال أكثر

ظهور الربح وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضي باسقاط حقه فهو كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة اذا فسخ قبل اتمام عمله ، فان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منعه اتمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل اتمام عمل الجعالة وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مفض الى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فانه لا يعلم افضاؤها الى الربح ولان الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لايكون للعمل الاول فيه أثر أصلا

﴿مسئلة﴾ (فان قلنا هي عقد لازم فلا تصح الا على مدة معلومة)

وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور تصح وتقع على سنة واحدة وأجازه بعض الكوفيين استحساناً ولانه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلا على ارادة مدة تحصل فيها الثمرة

ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كالاجارة ولان المساقاة أشبه بالاجارة لانها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولانها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لانها تفضي الى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لانه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة بل يجوز مايتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت وقيل لا يجوز

العمل لان العامل يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئا

(فصل) فاما الجذاذ والحصاد واللقاط فهو على العامل نص أحمد عليه في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه اذا شرط على العامل فجائز لان العمل عليه وإن لم يشرطه فعلى رب المال بحصته مايصير اليه فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فأشبه نقله الى منزله

ولنا أن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم، ولان هذا من العمل فيكون عليه كالتشميس وما ذكروه يبطل بالتشميس ، ويفارق النقل إلى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال العقد فأشبه المخزن

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لان عملهم كعمله فان يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) كما ذكرنا (والثاني) يجوز لان غلمانه ماله فجاز أن تعمل تبعا لماله كثور الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها ، وأما رب المال لايجوز جعله تبعا وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فاذا شرط غلمانا

أ كثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو اجماع فأما أقل المدة فتقدر بمدة تكمل فيها الثمرة ولا يجوز على أقل منها لان المقصود اشتراكهما في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة

﴿مسئلة﴾ (فان شرطا مدة لاتكمل فيها لم يصح)

لذلك فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها ولم تكمل فله أجرة مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه كان له أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة بخلاف المتبرع فانه رضي بغير شيء ، وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض

(فصل) فان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء أشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها

﴿مسئلة﴾ (وان شرطا مدة قد تكمل فيها الثمرة وقد لا تكمل ففي صحة المساقاة وجهان)

(أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن

يعملون معه فنفقتهم على مايشترطان عليه فان أطلقا ولم يذكرا نفقتهم فهي على رب المال ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساقي ، ولا ينبغي أن يشرطها على رب المال لان العمل على المساقي فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره فان شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها ، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها لانه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولابد من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) وإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد لذلك ولانه مجهول، ويفارق هذا ما إذ اشترط المضارب أجر مايحتاج اليهم من الحمالين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كمسئلتنا

(فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أومأ اليه في رواية الاثرم ، وسئل عن الاكار يخرج نفسه من غير أن يخرجه صاحب الضيعة فلم يمنعه من ذلك ذكره الشيخ أبو

التحرز منه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بعينها،وفارق ما اذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لايحمل نادر لم يمكن التحرز عنه،فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلاشيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل بخلاف ما اذا شرطا مدة لا يحمل في مثلها ، وفيه وجه آخر أنه لا شيء له كما لو اشترطاه مدة لا يحمل فيها الشجر غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء المدة فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعدها فلا شيء له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان مات العامل تمم الوارث فان لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته)

وجملة ذلك انا قد ذكرنا ان ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يفتقر الى ذكر مدة لان ابقاءها اليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما فلم تحتج الى مدة،فان قدرها بمدة،جاز لانه لا ضرر في ذلك وقد بيناه في المضاربة والمساقاة مثلها ، فعلى هذا تنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة ويكون الحكم فيها كما لو فسخها احدهما،فاما ان قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لانه عقد لازم أشبه الاجارة،فان كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يجبر لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك

عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازما كالاجارة ، ولانه لو كان جائزاً جاز لرب المال فسخه اذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر

ولنا ماروى مسلم باسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر مايخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ « نقركم على ذلك ماشئنا» ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة اليه في مدة إقرارهم ولان النبي ﷺ ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الارض وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من نمائه أشبه المضاربة وفارق الاجارة لانها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولان عوضها مقدر معلوم فأشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة فقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة، فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح فعلى هذا لا يفتقر الى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لاهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم ولانه عقد جائز فلم يفتقر الى

فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فان لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار فلرب المال الفسخ لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه

﴿ مسئلة ﴾ (فان فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما فان فسخ قبل ظهورها فهل للعامل أجرة ؟ على وجهين)

أما اذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما كما اذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح، فعلى هذا يباع من نصيب العامل ما يحتاج اليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك وان احتيج الى بيع الجميع بيع ثم لا يخلو إما أن يكون قد بدا صلاح الثمرة أولا فان كان قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فان اشترى نصيب العامل جاز وان اختار بيع نصيبه باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل يستأجر من يعمله والباقي لورثته، وان كانت لم يبد صلاحها خير المالك أيضاً فان بيع لاجنبي لم يجز الا بشرط القطع، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لانه لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك ولا يجوز ذلك الا باذنه وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين (أحدهما) لا يجوز كالاجنبي (والثاني) يجوز كما اذا باع نخلا مؤبراً جاز للمشتري أن يبتاع الثمرة التي للبائع من غير شرط القطع وهكذا الحكم اذا انفسخت المساقاة بموت العامل اذا قلنا بجوازها وأبى الوارث العمل، فأما ان فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الاجر في أحد الوجهين لانه عمل بعوض لم يصح له فكانت له الاجرة

ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ماشرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضي باسقاط حقه فصار كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة اذا فسخ قبل اتمام عمله، وان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منعه اتمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبه مالو فسخ الجاعل قبل اتمام عمل الجعالة، وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مفض الى ظهور الثمرة غالبا فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فانه لا يعلم إفضاؤها الى الربح ولان الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الاول فيه أثر أصلا، فأما ان قلنا إنه عقد لازم فلا يصح الا على مدة معلومة وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجازه بعض أهل الكوفة استحسانا لانه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلا على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها، ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالاجارة ولان المساقاة أشبه بالاجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولأنها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها لانه يفضي الى ان العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره

كما لو فسخ بغير عذر (والثاني) لا شيء له لان الفسخ مستند الى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك ان هرب العامل ولم يوجد له ما ينفق عليها فهو كما لو مات)

ان كان العقد جائزاً فلرب الارض الفسخ وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له مالا أو أمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل وان لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة الى وقت إدراك الثمرة فعل فان تعذر ذلك فلرب المال الفسخ لما ذكرنا، وأما الميت فلا يقترض عليه لانه لاذمة له والاولى في هذه الصورة أن لا يكون للعامل أجرة لانه ترك العمل اختياراً منه فلم يكن له أجرة كما لو ترك العمل من غير هرب مع القدرة عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان عمل فيها رب المال باذن حاكم أو اشهاد رجع به وإلا فلا)

قد ذكرنا أن لرب المال الفسخ فان اختار البقاء على المساقاة لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الانفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق فان عجز عن استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه مضطر، وان أمكنه استئذان الحاكم وأنفق بنية الرجوع ولم يستأذنه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه، فان تبرع بالانفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصدقة والحكم فيما اذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد اذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء

بالسنة لانه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة ، فعلى هذا لاتتقدر أكثر المدة بل يجوز مايتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت ،وقد قيل لايجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لايصار اليه الا بنص أو اجماع،فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشتركا في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة ، فان ساقاه على مدة لاتكمل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لاشيء له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع،والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه اليه كان أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة ، وفارق المتبرع فانه رضي بغير شيء ، وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض ، وان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالبا فلم يحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه فأشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كالو انفسخت قبل كمالها. وان ساقاه الى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لايكون ففي صحة المساقاة وجهان (أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لايحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لايصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم تصح كالسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما

(فصل) قال رحمه الله (ويلزم العامل مافيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرث والزبار والتفليح والتشميس واصلاح طرق الماء وموضع الشمس)

وجملة ذلك أنه يلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من حرث الارض تحت الشجرة والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم ، وان كان مما يشمس فعليه تشميسه لان إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك فان موضوعها على أن العمل من العامل

﴿ مسئلة ﴾ (وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل من شد الحيطان وأجر الانهار وحفر البئر والدولاب وما يديره)

وكذلك شراء ما يلقح به إذا أطلقا العقد وان شرطا ذلك كان تأكيداً وقيل مايتكرر كل عام فهو على العامل ومالا فلا ، قال شيخنا وهذا صحيح الا في شراء ما يلقح به فانه على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل ، فاما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل أشبه ما يلقح به ، قال شيخنا والاولى أنها على العامل لانها تراد للعمل أشبهت بقر الحرث ولان

لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لايحمل نادر لم يمكن التحرز عنه فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجها واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلاحق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

(فصل) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لأنها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وان كانت لازمة فاذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وهو العمل فيها، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلى وجهين (أحدهما) لا يثبت لانها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح (والثاني) يثبت لانه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع

(فصل) ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر الى ضرب مدة لان ابقاءها اليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم تحتج الى مدة كالمضاربة، وان قدرها بمدة جاز لانه لا ضرر في التقدير وقد تبينا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلها، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه لسفه كقولنا

استقاء الماء على العامل اذا لم يحتج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج اليها كثيره من الاعمال وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بالاصول والثمرة معاً ككسح النهر هو على من شرط عليه منهما وان أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة وقد ذكرنا ما يدل على أنه من العامل، فاما تسميد الارض بالزبل اذا احتاجت اليه فتحصيله على رب المال لانه ليس من العمل أشبه ما يلقح به وتفريقه في الارض على العامل كالتلقيح .

(فصل) فان شرطا على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منهما من العمل معلوما لئلا يفضي الى التنازع فيختل العمل، وان لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه لان العامل إنما يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً

(فصل) فان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فان يد الغلام كيد مولاه وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا والثاني يجوز لان غلمانه ماله فجاز أن يجعل تبعاً لماله كثور

في المضاربة فاذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه ، وان قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لانه عقد لازم فأشبه الاجارة ، لكن ان كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر لان الوارث لايلزمه من الحقوق التي على موروثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه ، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فان لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه . ثم ان كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل مايحتاج اليه لاجر مابقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وان احتيج الى بيع الجميع بيع ، ثم لايخلو اما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد فان كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فان اشترى نصيب العامل جاز وان اختار بيع نصيبه أيضا باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكترى عليه من يعمله وما فضل لورثته ، وان كان لم يبد صلاحها خير المالك أيضا فان بيع لأجنبي لم يجز الا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لانه لايمكنه قطعه الا بقطع نصيب المالك فيقف امكان قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم اذا انفسخت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبى الوارث العمل ، وان اختار رب المال البقاء على المساقاة

الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن، فاذا شرط غلماناً يعملون معه فنفقتهم على ما يشترطان عليه فان أطلقا فهي على رب المال وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساقي ولا ينبغي أن يشرطها على رب المال لان العمل على المساقي فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو اجره فان شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط لانه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذلك فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشروط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) فان شرط العامل ان أجر الاجراء الذين يحتاج الى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجرة من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وكذلك ان لم يقدره لذلك لانه مجهول، ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج اليهم من الحمالين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح

(مسئلة) (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيما يرد)

لم تنفسخ اذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الانفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ،فان عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسبا بالرجوع وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه مضطر ، وان أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه ، وان تبرع بالانفاق لم يرجع بشيء كما لو تبرع بالصدقة، والحكم فيما اذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد اذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء

(فصل) وان هرب العامل فلرب المال الفسخ لانه عقد جائز ، وان قلنا بلزومه فحكمه حكم ما لو مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه الا أنه ان لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أوغيره فعل ، وان لم يمكنه ووجد من يعمل باجرة مؤجلة إلى وقت ادراك الثمرة فعل فان لم يجد فلرب المال الفسخ أما الميت فلا يقترض عليه لانه لاذمة له

(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعى عليه من خيانة لان رب المال ائتمنه بدفع ماله اليه فهو كالمضارب فان اتهم حلف فان ثبتت خيانته باقرار أو بينة أو نكوله ضم اليه من يشرف عليه فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لان فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ،ولا نسلم امكان استيفاء

لان رب المال ائتمنه فأشبه المضارب فان اتهم حلف وان ثبتت خيانته ضم اليه من شاء ربه كالوصي إذا ثبتت خيانته فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لان فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم امكان استيفاء المنافع منه لانه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وإنما نقول لما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لان الامانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك وفارق فسقه بغير الخيانة فانه لا ضرر على رب المال فيها وههنا يفوت ماله ، فان عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم اليه غيره ولا تنزع يده لان العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه وان عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لان عليه تمام العمل وهذا من تمامه

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو تلفت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي ، والثاني يملكه بالمقاسمة كالمضارب

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال ،واما القراض فنقول إنه يملك الربح بالظهور كمسئلتنا وان سلم فالفرق بينهما ان الربح وقاية

المنافع منه لانه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة ، وانما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لان الامانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك وفارق فسخه بغير الخيانة فانه لاضرر على رب المال وههنا يفوت ماله

(فصل) فان عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم اليه غيره ولا ينزع من يده لان العمل مستحق عليه ولاضرر في بقاء يده عليه ، وان عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لان عليه توفية العمل وهذا من توفيته

(فصل) وان اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد وقال مالك القول قول العامل اذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سببا لتسلمه الحائط والعمل ، وقال الشافعي يتحالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة ففي أيهما تقدم بينته ؟ وجهان بناء على بينة الداخل والخارج ، فان كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه من مال المصدق فان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا يدفع ضررا ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلا كانت شهادته كعدمها ، ولو كان العامل اثنين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضا لما ذكرنا

لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء فانه لو تلفت الاصول كلها كان الثمر بينهما . إذا ثبت ذلك فانه يلزم كل واحد منهما زكاة حصته إذا بلغت نصاباً نص عليه أحمد في المزارعة فان لم تبلغ نصاباً الا بجمعهما لم تجب الا على قولنا ان الخلطة تؤثر في غير السائمة ، فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي فان بلغت حصة احدهما نصاباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصاباً الزكاة وحده يخرجها بعد المقاسمة الا ان يكون لمن لم تبلغ حصته نصاباً ما يتم به النصاب من موضع آخر فيجب عليهما جميعاً ، وان كان أحدهما لا زكاة عليه كالمكاتب والذمي فعلى الآخر زكاة حصته ان بلغت نصابا وبهذا كله قال مالك والشافعي وقال الليث ان كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلم يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها وقد روى أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يخير يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه اليهم بذلك الخرص؟ لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار ويفترق قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين الف وسق وزعم ان اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون الف وسق

(فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدنه أليل

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أتلفت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالقراض

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال لانه لولم يملكها قبل القسمة لماوجبت القسمة ولا ملكها كالاصول، وأما القراض فانه يملك الربح فيه بالظهور كمسئلتنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء ولذلك لوتلفت الاصول كلها كانت الثمرة بينهما. فاذا ثبت هذا فانه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه اذا بلغت حصته نصابا نص عليه أحمد في المزارعة وان لم تبلغ النصاب الا بجمعهما لم تجب لان الخلطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر ههنا فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان مابقي ، وان كانت حصة أحدهما تبلغ نصابا دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصابا الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة الا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصابا ما يتم به النصاب من مواضع أخر فتجب عليهما جميعا الزكاة وكذلك ان كان لاحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان بمجموعهما نصابا فعليه الزكاة في حصته ، وان كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذمي فعلى الآخر زكاة حصته ان بلغت نصابا وبهذا كله قال مالك والشافعي ، وقال الليث ان كان شريكه نصرانيا أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة مابقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها ، وقد روى أبو داود

تجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولان الخراج يجب أجرة للارض فكان على رب الارض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبه قال الشافعي ، وقد نقل أحمد في الذي يتقبل الارض البيضاء لعمل عليها وهي من أرض السواد يقبلها من السلطان فعلى من تقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر وهذا معناه والله أعلم اذا دفع السلطان أرض الخراج الى رجل يعملها ويؤدي خراجها فانه يبدأ بخراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكر الخرقي في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه ههنا

(فصل) ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لانه ربما يحدث من النماء بقدر تلك الدراهم فيضر برب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقفزة معلومة فان جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها فيها او ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه لم يجز وكذلك لو شرط عليه عملا في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملا في غير السنة فهذا يفسد العقد سواء جعل ذلك كله حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لانه يخالف موضوع المساقاة اذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) اذا ساقاه رجلا أو زارعه فعامل العامل غيره على الارض أو الشجر لم يجز وبه قال أبو يوسف وأبو ثور واجازه مالك اذا جاء برجل أمين

في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبدالله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخير يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه اليهم بذلك الخرص لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين الف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا التمر وعليهم عشرون الف وسق

(فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولان الخراج يجب أجرة الارض فكان على رب الارض كما لو استأجر أرضا وزارع غيره فيها وبهذا قال الشافعي ، وقد نقل عن أحمد في الذي يتقبل الارض البيضاء ليعمل عليها وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم : اذا دفع السلطان أرض الخراج الى رجل يعملها ويؤدي خراجها فانه يبدأ فيؤدي خراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكره الخرقي في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرنا ههنا إن شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يجوز ان يجعل له فضل دراهم)

يعني اذا شرط جزءا معلوما من الثمرة ودراهم معلومة كعشرة ونحوها لم يجز بغير خلاف لانه

ولنا أنه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولانه انما أذن له في العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل، فأما ان استأجر أرضاً فانه يزارع غيره فيها لان منافعها صارت مستحقة له فملك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لانها كالمستأجرة . وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقي على شجره لانه اما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم فيه خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة

(فصل) وان ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولاحق للعامل في ثمرته لانه عمل فيها بغير اذن مالكها ولا أجرة له لذلك وله على الغاصب أجر مثله لانه غره واستعمله فأشبه ما لو غصب نقرة واستأجر من ضربها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربها وان نقصت فله ارش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر الضمان على الغاصب، وان استحقت بعد أن اقتسماها وأكلاها فللمالك تضمين من شاء منهما فان ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وتضمين العامل قدر نصيبه لان الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فان ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انساناً

ربما لم يحدث من النماء ما يساوي تلك الدراهم فيتضرر رب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقفزة معلومة ولو شرط له دراهم منفردة عن الجزء لم يجز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه أو شرط عليه عملا في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملا في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لانه يخالف موضوع المساقاة اذ موضوعها ان يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) واذا ساقى رجلا أو زارعه فعامل العامل غيره على الارض والشجر لم يجز ذلك ، وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازه مالك إذا جاء برجل أمين . ولنا انه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولانه انما أذن له في العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل فأما ان استأجر ارضا فله أن يزارع غيره فيها لانها صارت منافعها مستحقة له فلذلك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج ، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية ان يزارع فيها لانه بمنزلة المستأجر لها ، وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقي على شجره لانه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم

(فصل) واذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر الى مدة يحمل فيها غالبا ويكون له فيها

شيئاً ونال كله فانه طعامي ثم تبين أنه مغصوب ، وان ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه الا نصيبه خاصة لانه ما قبض الثمرة كلها وانما كان مراعياً لها وحافظاً فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لان يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فان ضمنه الكل رجع على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وان ضمن كل واحد منهما ما صار اليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير وان تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن قال لا يكون قابضاً الا بأخذ نصيبه منها قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

(مسئلة) (وان شرط إن سقى سيحاً فله الربع وان سقى بكلفة فله النصف أو ان زرعها شعيراً فله الربع وان زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين)

لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة (والثاني) يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه وهذا مثله، فأما إن قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر أو تقدير المكان وتعيينه مثل أن يقول

جزء من الثمرة معلوم صح لانه ليس فيه أكثر من ان عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا يمنع صحتها كما لو جعل له سهما من الف سهم، وفيه الاقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر وهي انا ان قلنا المساقاة عقد جائز لم نحتج الى ذكر مدة، وان قلنا هو لازم ففيه ثلاثة أقسام (أحدها) أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا فيصح فان حمل فيها فله ماشرطه له وان لم يحمل فيها فلا شيء له (الثاني) أن يجعلها الى زمن لا يحمل فيه غالبا فلا يصح وان عمل فيها فهل يستحق الاجر؟ على وجهين، وان حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لان العقد وقع فاسداً فلم يستحق ما شرط فيه (والثالث) أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا لا يصح استحق الاجر وان قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وان لم يحمل فيها لم يستحق شيئا، وان شرط نصف الثمرة ونصف الاصل لم يصح لان موضوع المساقاة ان يشتركا في النماء والفائدة فاذا شرط اشتراكهما في الاصل لم يجز كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال، فعلى هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءا من ثمرتها مدة بقائها لم يجز وان جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز لانه يخالف موضوع المساقاة

(فصل) وان ساقاه على شجر يغرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضا والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه

تزرع هذا المكان قمحاً وهذا شعيراً أو تزرع مدين حنطة ومدي شعير جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به

(مسئلة) (وان قال مازرعت من شعير فلي ربعه وما زرعت من حنطة فلي نصفه لم يصح)

لان ما يزرعه من كل واحد منهما مجهول القدر فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منهما

(مسئلة) (ولو قال ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً)

لانه يشرط عقداً في عقد فصار في معنى قوله بعتك هذا على أن تبيعني هذا وتشتري مني هذا وإنما فسد لمعنيين (أحدهما) أنه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) أن العقد الآخر لا يلزم بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولا

(فصل) ولو قال لك الخمسان ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه أحمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، قال شيخنا ويخرج فيها مثل ما إذا شرط ان سقى سيحا له الربع وان سقى بكلفة فله النصف

وقد قال أحمد في رواية المروذي في رجل قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلا فما كان من غلة فلك بعملك كذا وكذا سهما من كذا وكذا، فاجازه واحتج بحديث خيبر في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الارض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الارض فان كان من العامل خرج على الروايتين فيما اذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الارض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له ارش نقصها وبين اقرارها في أرضه ويدفع اليه قيمتها كالمشتري اذا غرس في الارض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها، وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن اتفقا على ابقاء الغراس ودفع أجر الارض جاز، ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجز على ماسبق ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فان المزارع يبذر في الارض فيكون الزرع بينه وبين صاحب الارض

(فصل) وان ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل ان يكون الاصل بينهما نصفين فجعل له ثلثي الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث وان جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لان العامل يستحق نصفها بملكه فلم يجعل له في مقابلة عمله شيئا وإذا شرط له الثلث فقد شرط ان غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلاعوض فلا يصح فاذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فاشبه ما لو قال له أنا اعمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجها آخر أنه يستحق أجر المثل لان المساقاة تقتضي عوضاً فلم تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح إذا لم يسم له المسمى يجب فيه مهر المثل

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعا فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة ويفارق النكاح من وجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك، ولان المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالاصابة أو بهما فان وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لو أوجب لاوجب قبل العمل ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئا، وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليه أيضاً لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) ان الاصابة لو خلت عن العقد لأوجبت وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس عليه أيضاً لهذه الوجوه كلها، فأما ان ساقى أحدهما شريكه على ان يعملا معاً فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساويا فيه، وان كان لاحدهما فضل نظرت فان كان قد شرط له فضل في مقابلة عمله استحق مافضل له من أجر المثل وان لم يشرط فليس له شيء الا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

وهذا نظيره ، وإن دفعها على أن الارض والشجر بينهما فالمعاملة فاسدة وجها واحداً ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفا لانه شرط اشتراكهما في الاصل فنسد كما لو دفع اليه الشجر والنخيل ليكون الاصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الارض والزرع بينهما

(فصل) وإن ساقاه على شجر فبان مستحقا بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولاحق للعامل في ثمرته لانه عمل فيها بغير اذن مالكها ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لانه غره واستعمله فلزمه الاجر كما لو غصب نقرة فاستأجر من ضربها دراهم، وان شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربها وإن نقصت فلربها ارش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب ، وإن استحقت بعد أن اقتسماها وأكلاها فلربها تضمين من شاء منهما فان ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه لان الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فان ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انسانا شيئا وقال له كله فانه طعامي ثم تبين أنه مغصوب، وإن ضمن العامل احتمل انه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لانه ماقبض الثمرة كلها وانما كان مراعيا لها وحافظا فلا يلزمه ضمانها مالم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لان يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فان ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وإن ضمن كل واحد منهما ماصار اليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لاغير ، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضا لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها ، قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

﴿ باب المزارعة ﴾

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتجوز المزارعة ببعض مايخرج من الارض)

معنى المزارعة دفع الارض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم . قال البخاري قال أبو جعفر مابالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع

فصل في المزارعة

﴿مسئلة﴾ (تجوز المزارعة بجزء معلوم يجعل للعامل من الزرع في قول أكثر أهل العلم قال البخاري قال أبو جعفر مابالمدينة أهل بيت الا ويزرعون على الثلث والربع وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن

علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين ، وممن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الاسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا وكرهها عكرمة ومجاهدوالنخعي وأبو حنيفة

وروي عن ابن عباس الامران جميعا وأجازها الشافعي في الارض بين النخيل اذا كان بياض الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الارض البيضاء لماروى رافع بن خديج قال : كنانخابر على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعا، وطواعية

ابن الاسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبي يوسف ومحمد وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن مرثد ،قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلهم كذاوكذا. وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي ومالك وأبو حنيفة وروي عن ابن عباس الامران جميعاً، وأجازها الشافعي في الارض بين النخل إذا كان بياض الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين، ومنعها في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفع قلنا ما ذاك ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى » وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها

والمخابرة المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللينة والخبير الاكار وقيل المخابرة معاملة أهل خيبر وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فان لم يفعل فليمسك أرضه » وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود باسناده عن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما المخابرة ؟ قال « أن يأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع »

ولنا ماروى ابن عمر قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه، وقد روي ذلك عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم الى اليوم يعطون الثلث والربع

وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوهم ثم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده

رسول الله ﷺ أنفع قال قلنا ما ذاك ؟ قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها ولايكريها بثلث ولاربع ولا بطعام مسمى » وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها ، وقال جابر نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة . وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها،

والمخابرة المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللينة والخبير الاكار ، وقيل المخابرة معاملة أهل خيبر ، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فان لم يفعل فليمسك أرضه » وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود باسناده عن زيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة ، قلت وما المخابرة ؟ قال « أن يأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع »

ولنا ما روى ابن عمر قال ان رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر مايخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه . وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله

وقال أبو جعفر عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت الا عمل به ، وعمل به

فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر مايخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمرا وعشرون وسقاً شعيراً فقسم عمر خيبر فخير أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع لهن من الماء والارض أو يمضي لهن الاوسق فمنهن من اختار الارض ومنهن من اختار الوسق فكانت عائشة اختارت الارض ،فان قيل حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا مثل هذا لايجوز أن ينسخ لان النسخ إنما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاماشيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى نسخ؟ فان كان نسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف عمل به بعد نسخه ؟ وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها؟ وأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) أنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لايختلف في فساده فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلا فكنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس،وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (والثاني) أن خبره ورد في الكراء بثلث أو ربع والنزاع في المزارعة

أزواج رسول الله ﷺ من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمراً وعشرون وسقا شعيراً فقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي ﷺ أن يقطع لهن من الارض والماء أو يمضي لهن الاوسق فمنهن من اختار الارض ومنهن من اختار الاوسق فكانت عائشة اختارت الارض . ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ لان النسخ انما يكون في حياة رسول الله ﷺ فأما شيء عمل به الى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه ؟ فان كان نسخ في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها ؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به ؟

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) انه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلا فكنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا، متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (الثاني) ان خبره ورد في الكراء بثلث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها

ولم يدل حديثه عليها أصلا وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لان القصة واحدة أتت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الاخر

(الثالث) ان أحاديث رافع مضطربة جدا مختلفة اختلافا كثيرا يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف تقدم على مثل حديثنا، قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كان لذلك (منها) الذي ذكرنا (ومنها) خمس أخرى وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس، قال زيد أنا أعلم بذلك منه وانما سمع النبي صلى الله عليه وسلم الرجلين قد اقتتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع » رواه أبو داود، وروى البخاري عن عمرو ابن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنح أحدكم خير له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » ثم ان احاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ومنها ما لا يختلف في فساده كما قد بينا ، وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع واذا كانت اخبار رافع هكذا وجب اطراحها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث

والجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع وجب حمله على أنه منسوخ

أصلا وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضا لان القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الثالث) ان أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافا كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟

قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضا حديث رافع ضروب ، وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كان لذلك (منها) الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد بن ثابت أنا أعلم بذلك منه ، وإنما سمع النبي ﷺ رجلين قد اقتتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع » رواه أبو داود والاثرم ، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون ان النبي ﷺ نهى عنها ، قال ان أعلمهم — يعني ابن عباس — أخبرني ان النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجا معلوما »

ثم ان أحاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ، ومنها ما لا يختلف في فساده كما قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير

لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ويستحيل القول بنسخ خبر خيبر لكونه معمولا به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين فمتى كان نسخه؟ فأما حديث جابر في النهي عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خيبر أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خيبر لاستحالة نسخها كما ذكرنا وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت ، فان قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الارض التي بين النخيل وأحاديث النهي على الارض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون الف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الارض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره راويه بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسره راويه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث) أن قولهم يفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لاحدهما على بعض محتملاته لا غير (الرابع) أن فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومعانيها فكان أولى من قول من خالفهم (الخامس) أنما ذهبنا اليه مجمع عليه على مارواه أبو جعفر رحمة الله عليه وماروي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا اجماع من الصحابة رضي الله عنهم

ابن رافع واذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اخراجها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث الواهية (الجواب الرابع) انه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع لوجب حمله على انه منسوخ لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خيبر لكونه معمولا به من جهة النبي ﷺ الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين ، فمتى كان نسخه ؟ وأما حديث جابر في النهي عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خيبر أيضا فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خيبر لاستحالة نسخها كما ذكرنا ، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت . فان قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الارض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الارض البيضاء جمعا بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) انه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون الف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الارض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) ان ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسره راويه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث)

فلا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه فان الارض عين تنمي بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالمال في المضاربة والنخل في المساقاة، ولانه أرض فجازت المزارعة عليها كالارض بين النخل ، ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الارض لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والاكرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقتضت الحكمة جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل ههنا آكد لان الحاجة الى الزرع آكد منها الى غيره لكونه قوتا ولان الارض لا ينتفع بها إلا بالعمل فيها بخلاف المال والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان في الارض شجر فزارعه الارض وساقاه على الشجر صح)

سواء قل بياض الارض أو كثر نص عليه أحمد وقال قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الارض المفردة ، فاذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض بالنصف جاز، وكذلك ان قال عاملتك على النصف لان المعاملة تشملهما، وان قال زارعتك الارض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدراً ، وان قال ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز لان المزارعة مساقاة من حيث انها تحتاج الى السقي، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تتناول الارض فصح في النخل وحده وقيل ينبني على تفريق الصفقة

ان قولهم يفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما وحده (الرابع) ان فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته ومعانيها وهو أولى من قول من خالفهم (الخامس) ان ما ذهبنا اليه مجمع عليه ، فان أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الاربعة وأهليهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان اجماعا ، وما روي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا إجماعا من الصحابة رضي الله عنهم لا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه ، فان الارض عين تنمي بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالأثمان في المضاربة والنخل في المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالارض بين النخيل ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الارض قد لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والأكرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة ههنا آكد لان الحاجة الى الزرع آكد منها الى غيره لكونه مقتاتا ولكون الارض لا ينتفع بها الا بالعمل عليها بخلاف المال ويدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعا والشارع لا ينهى عن المنافع وانما ينهى عن المضار والمفاسد فيدل ذلك على غلط الراوي في النهي عنه وحصول المنفعة

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما لو عقد بلفظ البيع في السلم، وهكذا إن قال في الارض البيضاء ساقيتك على هذه الارض بنصف مايزرع فيها، فان قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد ، وليس للعامل أن يزرع وبه قال الشافعي، وقال مالك وأبو يوسف : للداخل زرع البياض ، فان تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وان اشترط صاحب الارض انه يزرع البياض لم يصح لان الداخل يسقي لرب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه ولنا ان هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها وبه قال الشافعي وابن المنذر وأجازه مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعا، ولنا انه اشترط الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وان أجره بياض الارض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وقيل لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى الا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في إبطال الحيل

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يشترط كون البذر من رب الارض وظاهر المذهب اشتراطه)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروي عنه اشتراط كون البذر من رب الارض نص

فيما ظنه منهيا عنه . اذا ثبت هذا فان حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها انما تجوز بجزء للعامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الارض وغير ذلك من احكامها

(فصل) واذا كان في الارض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الارض التي بين الشجر جاز سواء قل بياض الارض أو كثر نص عليه أحمد ، وقال قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الارض المفردة فاذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض بالنصف جاز ، وان قال عاملتك على الارض والشجر على النصف جاز لان المعاملة تشملهما ، وان قال زارعتك الارض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدرا ، وان قال ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز لان المزارعة مساقاة من حيث انها تحتاج الى السقي فيها لحاجة الشجر اليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تتناول الارض وتصح في النخل وحده وقيل ينبني على تفريق الصفقة

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما لو عبر بلفظ البيع في السلم لان المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا ان قال في الارض البيضاء ساقيتك على هذه الارض بنصف مايزرع فيها ، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الارض لم تدخل في العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف للداخل زرع البياض فان

عليه في رواية جماعة وهو اختيار الخرقي وعامة الاصحاب وهو قول ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد يشترك رب المال والعامل في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة ، وروي عنه مايدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الارض فيها نخل وشجر يدفعها الى قوم يزرعون الارض ويقومون على الشجر على أنه له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك فدفع النبي ﷺ خيبر على هذا ، فأجاز دفع الارض ليزرعها من غير ذكر البذر ، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، روي نحو ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو أصح ان شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ، ولعلهم أرادوا به أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولا ثالثا ، والدليل على ذلك قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر مايخرج منها فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر وظاهره ان البذر من أهل خيبر ، والاصل المعمول به في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ ان البذر على المسلمين ولو كان شرطا لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجز ترك نقله ولان عمر رضي الله عنه فعل الامرين جميعاً فروى البخاري عنه انه عامل الناس على

تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الارض أنه يزرع البياض لم يصلح لان الداخل يسقي لرب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازه مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعا . ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، ويحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى إلا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في ابطال الحيل

﴿ مسئلة ﴾ قال (اذا كان البذر من رب الارض)

ظاهر المذهب أن المزارعة انما تصح اذا كان البذر من رب الارض والعمل من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة واختاره عامة الاصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي واسحاق لانه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة

أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلهم كذا ، وظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان إجماعا ، فان قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر ؟ قلنا يحمل على انه فعل ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا فمن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعتك بعشرة صحاح وان شئت بأحد عشر مكسرة فاختار أحدهما فعقد البيع عليه معينا ، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ، ولهذا روي عن أحمد صحة الاجارة فيما إذا قال ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذي ذكرناهما فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما اذا اشترك مالان ببدن صاحب أحدهما

(فصل) فان كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لانها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وان كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره لكن ان حكمنا بصحتها لم يرجع احدهما على صاحبه بشيء وان قلنا من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الارض فهي فاسدة فعلى العامل نصف اجر الارض وله على رب الارض نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الاقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وان شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما

وقد روي عن أحمد مايدل على أن البـذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الارض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الارض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك، وقد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا، فأجاز دفع الارض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز، وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولا ثالثا. والدليل على صحة ماذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخـل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرتها

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر مايخرج منها. أخرجهما البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئا آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والاصل المعول عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطا لما أخل بذكره، ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجز الاخلال بنقله، ولان عمر رضي الله عنه فعل الامرين جميعا فان البخاري

على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أوشرطا لاحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(فصل) فان قال صاحب الارض أجرتك نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لان المنفعة غير معلومة وكذلك لو جعلها اجرة لأرض اخرى أو دارا لم يجز والزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الارض فان أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا تختلف معه ومعرفة البذر جاز وان كان الزرع بينهما ويحتمل أن لا يصح لان البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعا وما حصل فيه قبض وان قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرجا البذر فهي كالتي قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال

﴿ مسئلة ﴾ (فان شرط أن يأخذ رب الارض مثل بذره ويقتسما الباقي لم يصح)

لانه كأنه اشترط لنفسه قفزانا معلومة وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة لان الارض ربما لاتخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها أو بما لا تخرجه وموضوع المزارعة على اشتراكهما في الزرع

﴿ مسئلة (وكذلك لو شرطا لاحدهما دراهم معلومة أو زرع ناحية معينة أو شرط لاحدهما ما على الجداول إما منفردا أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء)

لان الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولانه ربما تلف ما عين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه

روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان اجماعا ، فان قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر رضي الله عنه ؟ قلنا يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا فمن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعتكه بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختار أحدهما فعقد البيع معه عليه معينا ، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحمد رحمه الله صحة الاجارة فيما اذا قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وماذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذين ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما اذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما

(فصل) فان كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ماشرطاه وان كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الارض وله على رب الارض نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الاقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل . وان شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ماشرطاه ولا تراجع بينهما ، وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى فسد فالزرع لصاحب البذر)

لانه عين ماله ينقلب من حال الى حال وينمي فهو كصغار الشجر اذا غرس فطال وعليه اجرة صاحبه فان كان البذر من العامل فعليه اجرة الارض لان ربها إنما بذلها بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعها الفائتة بزرعها على الزارع وان فسدت والبذر من رب الارض فالزرع له لما ذكرنا وعليه مثل أجر العامل لذلك وان كان منهما فالزرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ وحكم المزارعة حكم المساقاة)

فيما ذكرنا من الجواز واللزوم وأنها لا تجوز إلا بجزء للعامل من الزرع ومايلزم العامل ورب الارض وغير ذلك من أحكامها لانها معاملة على الارض ببعض نمائها

﴿ مسئلة ﴾ (والحصاد على العامل نص عليه وكذلك الجذاذ وعنه أن الجذاذ عليهما)

الجذاذ والحصاد واللقاط على العامل نص عليه أحمد في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ انه اذا شرط على العامل فجائز لان العمل عليه وان لم يشرطه فعلى رب المال بحصة مايصير اليه وعلى العامل بحصة مايصير اليه فجعل الجذاذ

(فصل) فان قال صاحب الارض أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآ لتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لان المنفعة غير معلومة، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الارض ، وان أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا تختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح لان البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض ، وان قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآ لتك وأخرجا البذر فهي كالتي قبلها الا أن الزرع يكون بينهما على كل حال

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان اتفقا على أن يأخذ رب الارض مثل بذره ويقتسما ما بقي لم يجز)

وكانت للمزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الارض ، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الارض مثل بذره فلا يصح لانه كأنه اشترط لنفسه قفزانا معلومة وذلك شرط فاسد تفسد به المزارعة لان الارض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجها الارض ، وأما اذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط

وقد ذكر الخرقي أنه فاسد فاذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس

عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد، واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فاشبه نقله الى منزله

ولنا ان النبي ﷺ دفع خيبر الى يهود خيبر على أن يعملوها من أموالهم ولان هذا من العمل أشبه التشميس وبه يبطل ما ذكروه، وفارق النقل الى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال العقد فأشبه المخزن

(فصل) وان دفع رجل بذره الى صاحب الارض ليزرعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد لان البذر ليس من رب الارض ولا من العامل ويكون الزرع لمالك البذر وعليه أجر الارض والعمل ويتخرج أن تنبني صحته على احدى الروايتين كالمسئلة التي بعدها

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال أنا أزرع الارض ببذري وعواملي وتسقيها بمائك والزرع بيننا ففيها روايتان)

(احداهما) لا تصح اختارها القاضي لان موضوع المزارعة على أن تكون من أحدهما الارض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ولان الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) تصح اختارها أبو بكر ونقلها عن احمد يعقوب بن بختان وحرب لان الماء أحد ما يحتاج اليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالارض والعمل والاول أصح لان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص

المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر لانه عين ماله ينقلب من حال إلى حال وينمو فصار كصغار الشجر اذا غرس فطال والبيضة اذا حضنت فصارت فرخاء والبذر ههنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجر الارض لان ربها انما بذلها له بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعها النابتة بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من رب الارض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على صاحبه من أجر مثل الارض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الارض

(فصل) وإن زارعه على أن لرب الارض زرعا بعينه وللعامل زرعا بعينه مثل أن يشترط لاحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ماعلى السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء لان الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولانه يؤدى إلى تلف ماعين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه

(فصل) والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين (أحدهما) مايعود بجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ماذكرنا ههنا أو أن يشترط أحدهما نصيبا مجهولا أو دراهم معلومة أو أقفزة معينة أو أنه إن سقى سيحا فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا، فهذا يفسدها لانه يعود إلى جهالة المعقود عليه فأشبه البيع بثمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما ، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص

(فصل) وان اشترك ثلاثة من أحدهم الارض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله تعالى بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه احمد في رواية أبي داود ومهنا واحمد ابن القاسم، وذكر حديث مجاهد في اربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم علي الفدان وقال الاخر قبلي الارض وقال الاخر قبلي البذر وقال الاخر قبلي العمل فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر وألغى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما ، فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد ابن مسلم عن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولا فقال مايسرني بهذا الحديث وصيفاء وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في أول الفصل وهما فاسدتان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالأثمان فان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا، ولا هي اجارة لان الاجارة تفتقر الى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله واصاحبيه عليه أجر مثلهما لانهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى فاذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل والصحيح ان النماء لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله

عن أحمد فساد العقد لان الشرط اذا فسد لزم كون الزرع لرب البذر لكونه نماء ماله فلا يحصل لرب الارض شيء منه ويستحق الأجر وهـذا معنى الفساد ، فأما إن شرط مالا يفضي إلى جهالة الربح كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط الفاسد في البيع والمضاربة

(فصل) وان دفع رجل بذره الى صاحب الارض ليزرعه في أرضه ويكون مايخرج بينهما فهو فاسد أيضا لان البذر ليس من رب الارض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الارض والعمل ، وان قال صاحب الارض لرجل أنا ازرع الارض ببذري وعواملي ويكون سقيها من مائك والزرع بيننا ففيها روايتان (إحداهما) لايصح اختارها القاضي لان موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الارض ، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر ولان الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) يصح اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان وحرب لان الماء أحد مايحتاج اليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالارض والعمل والاول أصح لان هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه

(فصل) وان اشترك ثلاثة من أحدهم الارض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن مارزق الله بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه في رواية أبي داود ومهنا وأحمد بن القاسم، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهـد رسول الله ﷺ فقال أحدهم علي الفدان وقال

(فصل) فان كانت الارض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم واعوانهم على أن ما اخرج الله بينهم على قدر مالهم جاز وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر ولا نعـلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبه بشيء

فصل فان زارع رجلا أو آجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فنبت في تلك الارض عاما آخر فهو لصاحب الارض نص عليه احمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث ، وقال الشافعي هو هو لصاحب الحب لانه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا ان صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيح له التقاطه ورعيه ولا نعلم خلافا في إباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التافه يسقط منه الثمرة واللقمة ونحوهما والنوى لو التقطه انسان فغرسه كان له دون من سقط منه كذا هذا

﴿ مسئلة ﴾ (وإن زارع شريكه في نصيبه صح)

اذا جعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الارض بينهما نصفين فجعل للعامل الثلثين صح وكان السدس حصته من المزارعة فصار كأنه قال زارعتك على نصيبي بالثلث فصح كما لو زارع

الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر والغى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره ، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد بن مسلم عن الاوزاعي ، وعن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولا فقال ما يسرني بهذا الحديث وصيفا . وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما فاسدان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالأثمان ، وان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ، وليست اجارة لان الاجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله ولصاحبيه عليه أجر مثلهما لانهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى فاذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل ، والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تلزمه الصدقة به كسائر ماله . ولو كانت الارض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر مالهم فهو جائز وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبيه بشيء

(فصـل) واذا زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فنبت في تلك الارض

أجنبيا ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان النصف للمزارع ولا يصح أن يزارع الانسان لنفسه فاذا فسد في نصيبه فسد في الجميع كما لو جمع في البيع بين ما يصح وما لا يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى وقد ذكرنا في المساقاة نحو هذا

(فصل في اجارة الارض)

تجوز اجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم ، قال أحمد : قلما اختلفوا في الذهب والورق ، وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الارض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة . روي هذا القول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم ومالك والليث والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع متفق عليه .

ولنا أن رافعا قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم « اما بشيء معلوم مضمون فلا بأس » وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول

عاما آخر فهو لصاحب الارض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث وقال الشافعي هو لصاحب الحب لانه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيح التقاطه ورعيه، ولا نعلم خلافا في اباحة التقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التافه يسقط منه كالثمرة واللقمة ونحوهما والنوى لو التقطه انسان فغرسه كان له دون من سقط منه كذا ههنا

(فصل) في اجارة الارض تجوز إجارتها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المطعوم في قول اكثر أهل العلم قال أحمد قلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الارض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة روينا هذا القول عن سعيد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع متفق عليه

ولنا أن رافعا قال اما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم «أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول الله ﷺ عن كراء الارض قال فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها اما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهانا رسول

الله ﷺ عن كراء الارض فقلت بالذهب والفضة؟ قال انما نهى عنها ببعض ما يخرج منها اما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال: كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة. رواه أبو داود، ولانها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إجارتها بالأثمان ونحوها كالدور، والحكم في العروض كالحكم في الاثمان. وأما حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فان راويهما واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما اجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع اجارتها باللبن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته، قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز، واحتج مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال: قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض

الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إجارتها بالأثمان، ونحوها كالدور والحكم في العروض كالحكم في الأثمان، وأما حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فان راويهما واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فاما اجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بمطعوم غير الخارج منها معلوم فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع اجارتها باللبن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز.

والحجة لمالك ماروى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى » رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال « ما تصنعون بمحاقلكم ؟ » قلت نؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال « لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها » متفق عليه، وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت اجارتها به كالأثمان، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن اجارتها بذلك اذا كان خارجا منها ويحتمل النهي عنه اذا آجرها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة اذا اكتراها لزرع الحنطة

فلا يكريها بطعام مسمى » رواه أبو داود وابن ماجه . وروى ظهير بن رافع قال : دعاني رسول الله ﷺ فقال « ما تصنعون بمحاقلكم ؟ » قلت نؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال « لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها » متفق عليه . وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت اجارتها بها كالأثمان وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إجارتها بذلك اذا كان خارجا منها، ويحتمل النهي عنه اذا أجرها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة اذا اكتراها لزرع الحنطة

(القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة ليزرعها فقال ابو الخطاب فيها روايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبا وهي قول مالك لما ذكرنا من الاحاديث ولأنه ذريعة الى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله زارعتك أجرتك فتصير

(القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزرعها فقال أبو الخطاب فيها روايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبا وهي قول مالك لما تقدم من الاحاديث ولأنها ذريعة الى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله زارعتك آجرتك فتصير مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها ابو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لماذ كرنا في القسم الاول ولان ماجازت اجارته بغير المطعوم جازت به كالدور

(القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربع فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب واختار أبو الخطاب أنها لاتصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث مايخرج من أرض أخرى ، ولأنها اجارة لعين ببعض نمائها فلم تجز كسائر الاعيان ، ولانه لانص في جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص فان النصوص إنما وردت بالنهي عن اجارتها بذلك ولا نعلم في تجويزها نصاً ، والمنصوص على جوازه اجارتها بذهب أو فضة أو شيء مضمون معلوم وليست هذه كذلك ، فأما نص احمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها وفيما يلزم العامل ورب الارض وسائر أحكامها والله أعلم

مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لماذ كرنا في القسم الاول ولان ماجازت اجارته بغير المطعوم جازت به كالدور

(القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث فالمنصوص عن احمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لاتصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، فأما نص أحمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فيما ذكرنا من أحكامها ، ذكرناه في المساقاة

﴿ تم بحمد الله وعونه الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

﴿ ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السادس منهما وأوله (كتاب الاجارات) ﴾

فهرس

الجزء الخامس

من كتابي

المغني

و

الشرح الكبير



فهرس محتويات الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة